Das „öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" und seine prozessuale Bedeutung

von

Horst Vogel

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546019_0019

Das „öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" und seine prozessuale Bedeutung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Horst Vogel

1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN

Referent: Professor Dr.jur.Dr.med.h.c.Karl Engisch

Korreferent: Professor Dr.jur.Paul Bockelmann

Tag der mündlichen Prüfung: 22.Februar 1967

Inhaltsübersicht

Seite:

Abkürzungsverzeichnis I

Schrifttum IV

Einleitung 1

1.Kapitel

Das "öffentliche Interesse" als unbestimmter Rechtsbegriff und als Ermessensbegriff 5

I. Die Lehre von der Ambivalenz der unbestimmten Gesetzesbegriffe 5

Unbestimmte Gesetzesbegriffe als Auslegungsproblem - Begriffskern und Begriffshof beim "öffentlichen Interesse" - Unbestimmte Begriffe als Ermessensbegriffe und als unbestimmte Rechtsbegriffe - Die Lehre von den unbestimmten Begriffen als Ermessensbegriffen - Die Lehre von den unbestimmten Begriffen als unbestimmten Rechtsbegriffen - Das Kriterium für die Erkennung eines unbestimmten Rechtsbegriffes und eines Ermessensbegriffes nach der herkömmlichen Lehre von der Ambivalenz unbestimmter Gesetzesbegriffe

II. Das "öffentliche Interesse" unter dem Blickwinkel der Lehre von den unbestimmten Begriffen als Ermessensbegriffen 19

Bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Rechtsidee nach nur eine richtige Entscheidung möglich - Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte - Die Objektivierbarkeit des Interesses - Nähere und fernere Zwecke des öffentlichen Interesses - Tatsächliche und berechtigte Interessen - Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und das Einzelinteresse des Verletzten - Begrenzung des Interesseobjektes durch den Kontext - Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung als verfassungsrechtlich hinreichend bestimmter Begriff

III. Das "öffentliche Interesse" unter dem Blickwinkel der Lehre von den unbestimmten Begriffen als unbestimmten Rechtsbegriffen 44

Jus cogens und schöpferische Gesetzesanwendung - Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip - Tatbestandsermessen und Rechtsfolgeermessen - cognitives Ermessen und volitives Ermessen - Die Besonderheit des Begriffes "öffentliches Interesse" - Ablehnung der Lehre von den unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum

IV. Die Doppeldeutigkeit des Begriffes "öffentliches Interesse" in Lehre und Rechtsprechung 81

Kategorische Feststellungen in der Rechtslehre - Auslegung von Fall zu Fall durch die Gerichte - Fälle des "öffentlichen Interesses" als unbestimmter Rechtsbegriff - Fälle des "öffentlichen Interesses" als Ermessensbegriff - Zusammenfassung der Ergebnisse

2.Kapitel

Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" als modifiziertes Legalitätsprinzip

I. Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip im Strafverfahrensrecht 91

Die unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 160 Abs.1, 152 Abs.2, 170 Abs.1 StPO - Legalitätsprinzip als Verfolgungszwang - Opportunitätsprinzip als Verfolgungsermessen - Modifiziertes Legalitätsprinzip als Verfolgungszwang im Einzelfall - Rechtsstaatliche Begründung des Legalitätsprinzips - Justizgewährungspflicht - Keine absolute Strafpflicht - Keine Bindung der Staatsanwaltschaft an eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung

II. Das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Privatklagedelikten gemäß § 376 StPO 121

Unbestimmter Rechtsbegriff nach dem Willen des Gesetzgebers - Ermessensbegriff nach der h.M. - Sinn und Zweck der Privatklageregelung - Schuld und Folgen der Tat als alleiniges Kriterium für das "öffentliche Interesse" - Bestimmung des

Schuldgrades - Mittelbares und unmittelbares öffentliches Interesse - Verschuldete und unverschuldete Folgen der Tat - Ermittlung des berechtigten Durchschnitts gleichartiger Verfehlungen - Die Subsumtion unter das berechtigte Durchschnittsmaß - Die Wahl unter den verschiedenen Strafzwecken bei der Strafzumessung - Die Gleichordnung der Strafzwecke bei dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung - Keine Berücksichtigung des Resozialisierungszweckes bei dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung - Ermessensentscheidung bei dem öffentlichen Interesse an der Strafvollstreckung - Das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und die Bedeutungslosigkeit von Ordnungswidrigkeiten als unbestimmte Rechtsbegriffe - Keine außerstrafrechtlichen Zweckerwägungen bei dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung - Das öffentliche Interesse an der Verfolgung eines jugendlichen Straftäters nach dem Jugendgerichtsgesetz - Kein einziger Fall des Anklageermessens in der Reichsstrafprozeßordnung von 1877

III. Das Verfolgungsverbot von Übertretungen und Vergehen gemäß § 153 Abs.1 und 2 StPO 165

Unterschiedliche Auffassungen zur Rechtsnatur der einzelnen Einstellungsvoraussetzungen - Die Vorentwürfe zur Lex-Emminger von 1924 - Keine Klageerhebung zur Klärung zweifelhafter Rechtsfragen - Das öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung wegen der Weigerung des Beschuldigten, sich mit einer gebührenpflichtigen Verwarnung einverstanden zu erklären - Die Anreizwirkung auf potentielle Täter als weitere Folge der Tat - Einzelne unzulässige Zweckerwägungen bei der Prüfung der Einstellungsvoraussetzungen - Verfolgungsverbot bei Übertretungen, Verfolgungsgebot bei Vergehen - Geringe Schuld und unbedeutende Folgen der Tat als alleiniges Einstellungskriterium - Die Änderung des § 153 StPO durch das StPÄG von 1964 - Geringe Schuld und unbedeutende Folgen als unbestimmte Rechtsbegriffe - Das Verhalten des Täters nach der Tat - Einstellung des Verfahrens ohne Bedingung - Feststellung des staatlichen Strafklageverzichts.

IV. Das besondere öffentliche Interesse an der Verfolgung von leichten vorsätzlichen sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachten Körperverletzungen gemäß § 232 Abs.1 StGB 213

Die gesetzliche Regelung vor 1940 - Ausschließlich strafrechtliche Zweckerwägungen zulässig - Verletzung des Publikums nicht erforderlich - Keine Berücksichtigung des Interesses des Verletzten - Keine Ermessensentscheidung

V. Anklagezwang und Anklageermessen unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrechts 222

Die Rechtsprechung zur "beweglichen" Zuständigkeitsregelung nach § 24 GVG - Prozeßvoraussetzungen brauchen nicht "gesetzlich bestimmt" zu sein - Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung keine objektive Strafbarkeitsbedingung - De lege ferenda keine materiell-rechtliche Lösung empfehlenswert - Politische Zweckmäßigkeitserwägungen in bestimmten Fällen des Anklageermessens zulässig - Fiskalische und prozeßökonomische Erwägungen bei weiteren Fällen des Anklageermessens möglich - Das "Nicht-ins-Gewicht-Fallen" als Ermessensentscheidung - Die Opportunitätsbestimmung des § 153c StPO - Das Verfolgungsverbot nach § 154c StPO - Zusammenfassung der Ergebnisse

3.Kapitel

Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" als Prozeßvoraussetzung

I. Die Verneinung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung im Vorverfahren 244

Kein subjektives öffentliches Recht des Verletzten auf Bestrafung des Täters - Die Verfassungsmäßigkeit des § 172 Abs.2 S.3 StPO - Der Rechtszustand vor 1953 - Streichung des § 172 Abs.2 S.3 StPO empfehlenswert - Die Klageerzwingung im Falle des § 154d StPO - Die Einstellung nach § 153 StPO im Klageerzwingungsverfahren

II. Die gerichtliche Prüfung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung von Privatklagedelikten gemäß § 376 StPO im Zwischen- und im Hauptverfahren 266

Kein Gegenbeweis aus den Materialien - Der "legislative Grund" für die Prüfungspflicht - Nebenklagebefugnis bei Ideal- und Gesetzeskonkurrenz zu einem Offizialdelikt - Kein Verbrauch des Privatklagerechtes, wenn der Täter wegen eines ideell konkurrierenden Offizialdelikts verurteilt wird - Rechtskraftprobleme - Gesonderte Betrachtung der Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses bei Privatklage- und Offizialdelikten auch im Falle der Idealkonkurrenz - Konsequenzen der gerichtlichen Prüfung

III. Die Prüfung der Einstellungsvoraussetzungen von Übertretungen und Vergehen 290

Unterschiedliche Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung - Das Erfordernis der staatsanwaltlichen Zustimmung zur Einstellung gemäß § 153 Abs.3 StPO gilt nicht bei Übertretungen - Unglückliche Lösung des Gesetzgebers für die Einstellung von Vergehen

IV. Das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" gemäß § 232 Abs.1 StGB als Antrags- und Prozeßvoraussetzung 299

Verschiedene Lösungsvorschläge in Lehre und Rechtsprechung - Die "Erklärung" des besonderen öffentlichen Interesses als Prozeßvoraussetzung - Prüfung der Voraussetzungen für das Antragsrecht der Staatsanwaltschaft durch das Gericht - Irgendwie positive Erklärung der Staatsanwaltschaft Voraussetzung - Die Rücknahme der Erklärung des besonderen öffentlichen Interesses als Verfahrenshindernis - Sinn und Zweck der doppelten Kontrolle dieser Prozeßvoraussetzung

V. Die Bejahung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung als Akt der Rechtsprechung 312

Die Staatsanwaltschaft keine Verwaltungsbehörde - Keine Parteistellung der Staatsanwaltschaft - Die Staatsanwaltschaft als Organ der Rechtspflege - Das Weisungsrecht der Justizverwaltungen gemäß § 147 GVG verfassungswidrig? - Der materielle Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" (Art.92 GG) - Verfassungswidrigkeit des Zustimmungserfordernisses der Staatsanwaltschaft zur Einstellung gemäß § 153 Abs.3 StPO - Die gerichtliche Kontrolle des Anklageermessens auf Grund des Art.92 GG - Gerichtliche Prüfung des Anklagezwangs und des Anklageermessens auf Grund des Art.19 Abs.4 GG

VI. Die materielle Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses gemäß § 153 Abs.3 StPO und weitere prozessuale Probleme 338

Volle materielle Rechtskraftwirkung des Einstellungsbeschlusses gemäß § 153 Abs.3 StPO - Die Einstellung des Verfahrens nach § 153 Abs.3 StPO in der Revisionsinstanz - Die Anfechtung des Einstellungsbeschlusses gemäß § 153 Abs.3 StPO durch den Nebenkläger - De lege ferenda auch Anfechtungsrecht für den Beschuldigten empfehlenswert - Auch die Polizei nach § 153 Abs.1 StPO zur Einstellung befugt - Keine Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung - Nicht "in dubio pro duriore" anklagen - "In dubio pro reo" für die Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses im Hauptverfahren - Zusammenfassung der hauptsächlichen Ergebnisse.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayJMBl.	Bayerisches Justizministerialblatt
BayObLGSt.	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung)
BayVGHE BayVerfGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs u.a. (Teil I: Entscheidungen des BayVGH, Teil II: Entscheidungen des BayVerfGH)
BB	Der Betriebsberater
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DAR	Deutsches Autorecht
DDevR	Deutsche Devisen-Rundschau
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht, Zentralorgan des NS-Rechtswahrerbundes
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStrR	Deutsches Strafrecht
DStrZ	Deutsche Strafrechtszeitung
DV	Deutsche Verwaltung

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GrünhutZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut
GS	Der Gerichtssaal
HESt.	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen
Hirths Annalen	Annalen des Deutschen Reiches, herausgegeben von Hirth und Seydel
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JMBl.NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JVBl.	Justizverwaltungsblatt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
RGRspr.	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RiStV	Richtlinien für das Strafverfahren vom 1.8.1953 in der ab 1.4.1965 geltenden Fassung
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
SchwZSt.	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VRS	Verkehrsrechtssammlung. Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts
WürttRpflZ	Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Schrifttum

Abraham, Jürgen — Der Meinungsstreit über die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1954, 561

Albrecht, Wilhelm — Das Opportunitätsprinzip im deutschen Strafprozeßrecht. Diss.Würzburg, 1929

Altenhain, Gustav Adolf — Der Rechtsschutz gegen Verwaltungsmaßnahmen der Strafjustiz- und Vollzugsbehörden, JVBl 1960, 193

\- — Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, DRiZ 1964, 297

\- — Die strafgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, JZ 1965, 756

Arndt, Adolf — Strafgewalt der Finanzämter (Zum Begriff der rechtsprechenden Gewalt), NJW 1959, 605

\- — Umstrittene Staatsanwaltschaft, NJW 1961, 1615

\- — Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: Festgabe für Carlo Schmid, 1962, S.4

\- — Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, 1273

Aschrott, P.F. — Reform des Strafprozesses. Kritische Besprechungen der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge. 1906

\- — Der Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze. Kritisch besprochen. 1908
- zit.: Entwurf, Kritisch besprochen -

Auert, Marion — Die Generalklausel im öffentlichen Recht, Diss.Köln, 1960

Bachof, Otto — Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97

\- — Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.287

Bachof, Otto — Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Band 1-3),JZ 1957,431.

\- — Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Band 4-12),JZ 1962,701; JZ 1963,17.

\- — Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Band 13-19),JZ 1966,58

Bader, Karl S. — Staatsanwaltschaft "im Einsatz"! JZ 1951, 187.

\- — Staatsanwalt und Rechtspflege, JZ 1956,4.

Becker, W. — Legalität und Opportunität im Strafverfahren, DJ 1936,1159.

Beling, Ernst — Staatsanwaltschaftliche Strafverfolgung und Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei Privatklagedelikten, DJZ 1904,300.

\- — Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. 1928.

Bender, Walter — Jugendgerichtsgesetz. 1964.

Bennecke, Hans — Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1895.

Bennecke-Beling — Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1900.

Bernatzik, Edmund — Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, 1886.

Bernsdorf, Georg — Die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch die §§ 153,154 der Reichsstrafprozeßordnung. Diss.Erlangen, 1930.

Bettermann, Karl August — Verwaltungsakt und Richterspruch,in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.361.

\- — Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, in: Der Staat. 1.Band 1962, S.79.

Betz, Eduard — Die Voraussetzungen des Klageerzwingungsverfahrens nach §§ 172 ff. StPO. Diss.Erlangen, 1934.

Binding, Karl — Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 5.Aufl. 1904.

\- — Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Band 2, Strafprozeß,1915.

Birkmeyer, Karl	Deutsches Strafprozeßrecht, 1898.
-	Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, GA 67 (1906), S.401.
-	Zur Reform d er Strafprozeßordnung. Das Legalitätsprinzip, DJZ 1909, 1049.
Bockelmann, Paul	Richter und Gesetz, in: Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S.23.
-	Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter, GA 1957,357.
-	Entspricht die Zuständigkeitsordnung im Strafprozeß dem Grundgesetz? NJW 1958,889.
Bomhard-Kollert	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1879.
Bonner Kommentar	Bonner Kommentar zum Grundgesetz. 1950.
Börner, Bodo	Ermessen und Energiewirtschaftsgesetz,in: Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln, Heft 10, 1965.
Brändl, Franz	Streitfragen zur Anwendung des § 154 RStPO, LZ 1933, 1425.
Brangsch,Heinz	Die Stellung des Staatsanwalts,NJW 1951, 59.
Braun, Hubert	Der Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsstreitverfahren. Diss.Tübingen, 1958.
Bredt	Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. 1909.
Brendle-Wetzel,E.	Das Legalitätsprinzip im deutschen Strafprozeßrechte. Diss.Heidelberg, 1911.
Brüggemann,Dieter	Die rechtsprechende Gewalt. Wegmarken des Rechtsstaats in Deutschland. Eine Einführung, 1962.
Bruns,Hans-Jürgen	Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. 1938.
Bühler, Ottmar	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.
Bühler, Wilhelm	Das Verhältnis von Staatsanwalt und Gericht im Strafverfahren. Diss.Tübingen, 1953.
Bumke, Erwin	Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, 2.Aufl., 1924

Burchardi-Klempahn Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet, 2.Aufl. 1956.

Calvelli-Adorno,Franz
Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, NJW 1965, 273.

Carsten, Ernst Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 299, 1932.

Cordier, Franz Kann die Zahlung einer Geldbuße zur Voraussetzung einer Einstellung nach § 153 Abs.I StPO gemacht werden? NJW 1957, 1789.

Czermak, Fritz Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe, NJW 1961,1905.

- Schul- und Prüfungsentscheidungen vor den Verwaltungsgerichten, DÖV 1962, 921.

- Zum gerichtsfreien Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht, JZ 1963, 276.

Dahm, Georg Bemerkungen zur Reform des Strafverfahrens, ZStrW 54 (1935), S.394.

Dalcke-Fuhrmann-Schäfer
Strafrecht und Strafverfahren, 37.Aufl., 1961. - zit.: z.B. Fuhrmann bei Dalcke -

Dallinger, Wilhelm Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz. II.Teil: Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JZ 1953,432.

- Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, MDR 1954, S.149 ff. und S.398 ff.

Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar,2.Aufl.,1965.

Danschacher,Wolfg. Die theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungsverstoß. Diss.Hamburg, 1963.

Deutscher Richterbund
Denkschrift des Deutschen Richterbundes zur Frage der Einbeziehung der Staatsanwälte in das Richtergesetz,DRiZ 1955,254.

Dietz, Hans Die Entwicklung des Anklagegrundsatzes. Diss.Tübingen,1949.

Doerr, Friedrich	Strafprozeßordnung, 1927.
Graf zu Dohna	Das Strafprozeßrecht, 3.Aufl.,1929.
Drost, H.	Das Ermessen des Strafrichters, 1930.
-	Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, 1255.
Dünnebier,Hanns	Die Grenzen der Dienstaufsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft, JZ 1958, 417.
-	Die Bindung des Staatsanwalts ans Gesetz, JZ 1961, 312.
Dürig, Günter	Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes "öffentliches Interesse". Diss. München, 1949.
-	"Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, JZ 1953, 535.
Dürwanger, Karl	Handbuch des Privatklagerechts, 1952.
Ebermayer	Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar),hrg. von Jagusch-Mezger-Schaefer-Werner, 8.Aufl.,1.Band 1957, 2.Band 1958. - zit.: z.B. Schaefer bei Ebermayer (LK) -
Eckert, Manfred	Legalität und Opportunität im deutschen Strafprozeß. Diss.Breslau, 1914.
Ehmke, Horst	"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 230/31, 1960.
Engisch, Karl	Die Einheit der Rechtsordnung, in: Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.20, 1935.
-	Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953.
-	Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S.127.
-	Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2.Aufl.,1960.
-	Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, in: Münchener Universitätsreden, Neue Folge, Heft 35, 1963.
-	Einführung in das juristische Denken, 3.Aufl.,1964. - zit.: Engisch, Einführung -

Erbs, Georg — Handkommentar zur Strafprozeßordnung, 1950.

Erbs-Kohlhaas — Strafrechtliche Nebengesetze, Bd.3, 1964.

Erdsiek, Gerhard — Zur Anfechtung von Maßnahmen und Entscheidungen in Schul- und Prüfungsangelegenheiten, NJW 1962, 1384.

Esser, Josef, — Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956.

Exner, Franz — Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStrW 54 (1935), S.1.

Eyermann-Fröhler — Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4.Aufl., 1965.

Faden, Wolfgang — Der Verfolgungszwang seit 1933. Diss.Tübingen, 1948.

Faller, Hans Joachim — Die Staatsanwaltschaft und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, 478.

Feisenberger, Albert — Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handkommentar, 1926.

Fleiner, Fritz — Einzelrecht und öffentliches Interesse, in: Festgabe für Paul Laband, 2.Band, 1908, S.1.

\- — Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., 1928.

Förster, Artur — Die Einstellung des Verfahrens im Strafprozeß. Diss.Leipzig, 1923.

Forsthoff, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I.Band, Allgemeiner Teil, 8.Aufl., 1961

\- — Die Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.3 GG), DÖV 1959, 41.

Freisler, Roland — Die Strafrechtsnovellen vom Juni 1935, ein Markstein nat.soz. Strafrechtserneuerung, Jahrbuch des Deutschen Rechtes, 1935, S.519.

\- — Gedanken zum Verkehrsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VO. v.2.4.1940, DJ 1940, 525.

Friauf, Karl Heinr. — Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt - OVG Lüneburg, VerwRspr. 12 Nr.6., JuS 1962, 422.

Friesenhahn,Ernst Über Begriffe und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma, 1950, S.21.

Fromm, Günter Öffentliche Verkehrsinteressen und Grundgesetz, DVBl. 1962,467,

Gallas, Wilhelm Zur Struktur des kommenden Strafverfahrens, ZStrW 58 (1939), S.624.

Gärtner, Reinhard Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren. Diss.Saarbrücken, 1964.

Geerds, Friedrich Strafrechtspflege und prozessuale Gerechtigkeit, SchlHA 1964,57.

Genzel, Herbert Probleme bei Einleitung des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens. Diss.München, 1960.

Gerland, Heinrich Die systematische Stellung des Privatklageverfahrens im Strafprozeß. Eine kritische Studie. GS 60 (1902), S.157.

- Der Deutsche Strafprozeß, 1927.

Germann, Oskar Adolf Zur Problematik der Ermessensentscheide, in: Festgabe für Erwin Ruck, 1952, S.173.

- Zum strafprozeßrechtlichen Legalitätsprinzip, SchwZSt. 77 (1961), S.1.

Geyer, August Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, 1880.

Giacometti,Zaccaria Zur Problematik der Ermessensentscheide. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1960.

Giese, Friedrich Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Ermessensnachprüfung, JZ 1952,585.

Glaser, Julius Handbuch des Strafprozesses,1.Bd.,1883.

Göbel, Oswald Anklagezwang und Gewaltentrennung, NJW 1961, 856.

Görcke,Hans-Helmuth Weisungsgebundenheit und Grundgesetz (Ein Beitrag zur Neuordnung des Staatsanwaltsrechts), ZStrW 73 (1961), S.561.

Goldschmidt, James Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, 1925.

Gossrau, Eberhard — Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art.92 GG vereinbar? NJW 1958,929.

Grebe — Verfolgung oder Nichtverfolgung von Übertretungen nach § 153 I StPO, GA 72 (1928), S.81

Grethlein, Gerhard — Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 2.Aufl., 1965.

Gronau, Alfred Wolfgang — Die Gefahren des § 153 StPO, in: Fachzeitschrift für Kraftfahrt und Verkehrsrecht, 1959, 295.

Groß, Karl-Heinz — Strafprozessuales Legalitätsprinzip und materiell-rechtliche Gesetzesauslegung. Diss.Würzburg, 1963.

Güde, Max — Die Stellung des Staatsanwalts im heutigen Recht, Die Justiz (Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg), 1957,297.

\- — Legalitätsprinzip und Rechtsstaat. (Die Lockerung des Legalitätsprinzips), MDR 1958, 285.

\- — Staatsanwalt und Verteidiger, DRiZ 1959, 130.

Haas, Diether — Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? MDR 1953, 651.

\- — Landesrecht vor Bundesgerichten? Über das Wesen der Rechtsprechung und das Gewohnheitsrecht, DVBl.1957,368.

Habscheid,Walther J. — Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze,JR 1958,361.

Hagemann — Über § 153 Abs.III StPO, JR 1929,116.

Hahn, C. — Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung vom 1.Febr.1877, Erste und Zweite Abteilung, 1880 und 1881.
- zit.: Hahn, Materialien -

Haller — Der Begriff und die rechtliche Stellung des Interesses im Verwaltungsrecht, WürttRpflZ 1927,33.

Hamann, Andreas — Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl.,1961.

Haselau, Klaus — Stellt eine Erlaubnis oder Ausnahmebewilligung "lediglich natürliche" Handlungsfreiheit wieder her? DÖV 1965,449.

Heck, Philipp — Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S.1.

Heilbron,Brigitte — Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 253. 1929.

Heinitz, Ernst — Zweifelsfragen des Opportunitätsprinzips, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.327.

Heinze — Dispositionsprinzip und Offizialprinzip; Verhandlungsform und Untersuchungsform; insbesondere im Strafprozeß, GA 24 (1876), S.270.

Hellmann, Karl Friedrich — Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach heutigem Strafprozeßrecht. Diss.Würzburg, 1926.

Henkel, Heinrich — Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, 1953.

Herrnstadt,Ernst — Straflosigkeit strafbarer Handlungen nach § 153 StPO. Diss.Breslau, 1929.

Hertz, Adolf — Die Geschichte des Legalitätsprinzips. Diss.Freiburg, 1935.

Heyden, Frank — Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips. Diss. Zürich, 1961.

von Hippel, Robert — Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, ZStrW 41 (1920),S.325

Höpfner — "Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip", GA 57 (1910), S.278.

Hofacker, Wilhelm — Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919.

Hoffmeister, Johannes — Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2.Aufl.,1955.

von Holtzendorff, Franz — Rechtslexikon, 3.Aufl., 1881.

Huber,Ernst-Rudolf — Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2.Aufl.,2.Bd., 1954.

Huber, Hans	Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Festgabe für Zaccaria Giacometti, 1953, S.59.
Hueck, Alfred	Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 5.Aufl., 1965.
Hupperschwiller	Der Begriff des "öffentlichen Interesses" in § 376 StPO, DRiZ 1930, 93.
van Husen, Paul	Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte? DVBl. 1953,70.
Ipsen, Hans Peter	Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932.
Isay, H.	Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.
Isenbart-Samter	Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1893.
Jaritz, Kurt	Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Strafprozeß und seine Berechtigung. Diss.Heidelberg, 1912.
Jahrreiß,Hermann	Gesetz und Recht - Recht und Gesetz. Zur Auslegung des Art.20 Abs.3 des Bonner Grundgesetzes, NJW 1950,3.
-	Mensch und Staat, 1957.
Jarosch, Roland	Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl.1954, 521.
Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl. 1905, Neudruck 1919.
Jellinek, Walter	Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913 - zit.: W.Jellinek, Gesetz -
-	Verwaltungsrecht, 3.Aufl.,1931.
Jesch, Dietrich	Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, DÖV 1956,77.
-	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S.163.
-	Öffentliches Verkehrsinteresse und Berufsfreiheit. Bemerkungen zum Urteil des BVerwG v.30.10.1959 - VII C 195[illegible]., JZ 1961, 624.

von Jhering,Rudolph	Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Teil, 3.Aufl., 1877.
Johann, Edgar	§ 153 I StPO und die Erteilung von polizeilichen Warnungen im Sinne des Runderlasses des preuß.Ministers des Innern vom 28.12.1928 II D 947. Diss Bonn,1931.
John, Richard Ed.	Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd.II, 1888.
Kade, Carl	Unbedingte oder bedingte Strafverfolgungspflicht? (Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip?), 1909.
Kaiser, Eberhard	Die Bedeutung der §§ 23-30 EGGVG insbesondere für die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, NJW 1961,200.
-	Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform, 1965.
Kamps, Hanns	Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafprozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung der Nachkriegsbestimmungen. Diss.Köln, 1930.
Kaufmann, Arthur	Gesetz und Recht, in: Festschrift für Erik Wolf, 1962, S.357.
Keller, Adolf	Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1882.
Kellner, Hugo	Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962,572.
Kempfler, Herbert	Nebenkläger und Verfahrenseinstellung, NJW 1964,1114.
Kern, Eduard	Das künftige Schicksal der Übertretungen, in: Der Deutsche Rechtspfleger,1960, 266.
-	Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 7.Aufl., 1965.
Kersebaum, Paul Friedrich	Die Strafverfolgungspflicht des Staatsanwalts im geltenden Recht unter dem Gesichtspunkte des Legalitätsprinzips (§ 152 Abs.2 StPO). Diss.Erlangen, 1906.
Kiesow, Wilhelm	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 3.Aufl.,1924.
Klann	Die Stellung des Verletzten nach § 153 StPO im geltenden Recht und nach dem Entwurf des AD StGB, JR 1930, 140.

Klein, Hans H.	Einschränkung von Grundrechten durch Ermessensentscheidungen, DÖV 1964, 658,
Klein, Rüdiger	Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 1956,588.
-	Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82 (1957),S.75.
Kleinknecht,Theodor	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG), JZ 1965,153.
Klinger, Hans	Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Aufl.,1964.
Koch, Hans-Jörg	Zur Einstellung wegen Geringfügigkeit bei Verkehrsübertretungen, DAR 1961,8.
von Köhler,Karl-Heinz	Rechtsstaat und Opportunitätsprinzip, DÖV 1956, 744.
Kohlhaas, Max	Antragsdelikte bei Wegfall eines Offizialdeliktes, NJW 1954, 1792.
-	Unzulässige Durchbrechung des Legalitätsprinzips, GA 1956, 241.
-	Die Erklärung des öffentlichen Interesses nach § 232 StGB, NJW 1956, 1188.
-	Neue Komplikationen im Klageerzwingungsverfahren, NJW 1962,950.
-	Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, 1963.
-	Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden? DRiZ 1964,286.
Kohlrausch, Eduard	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 24.Aufl.,1936.
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, Kommentar, 43.Aufl., 1961.
Korbmacher, Günther	Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff - Beurteilungsspielraum, DÖV 1965, 696.
Kosisch	Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1898.
Kröger, Gerhard	Der gesetzliche Richter und die "besondere Bedeutung" des Falles i.S. des § 24 I Nr.2,3 GVG.Diss.Münster, 1962.

Kronast, Hans	Das Klageerzwingungsverfahren (§§ 172-177 StPO). Diss.Erlangen, 1935.
Krüger, Erwin	Die Lehre vom "öffentlichen Interesse" in der Verwaltungsrechtswissenschaft. Diss.Breslau 1932.
Krug, August Luitpold	Über die Entwicklung und Bedeutung der Strafverfolgungsgrundsätze im deutschen Strafverfahren. Diss.Marburg, 1937.
Lang	Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und § 175 StPO, DJZ 1926,660.
Lange, Richard	Ordnungswidrigkeiten bei den Ordnungswidrigkeiten, NJW 1953, 687.
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960.
von Laun, Rudolf	Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.
	Bemerkungen zum freien Ermessen und zum détournement de pouvoir im staatlichen und im Völkerrecht, in: Festschrift für Herbert Kraus, 1954, S.128.
Lautz	Das staatsanwaltliche Vorverfahren, in: Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission, 1938, S.96.
Lemayer	Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grünhut Z 22 (1895),S.353.
Lendi, Martin	Legalität und Ermessensfreiheit. Diss.Zürich, 1958.
Leonhard,Rudolf	Ein Beitrag zu der allgemeinen Civilrechtslehre und zur Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes, Grünhut Z 10 (1883), S.1.
Lerche, Peter	Artikel "Ermessen", in: Staatslexikon der Görresgesellschaft, 6.Aufl.,1959.
Leuthold	Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte, Hirths Annalen 1884,321.
Leverenz,Bernhard	Über die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft, DRiZ 1961,101.
Liepmann, Paul	Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeß-Reform, 1909.

von Lilienthal,Karl	Der Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze nebst Begründung. Eine kritische Besprechung, ZStrW 29 (1909), S.202.
von Liszt, Franz	Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Programm), 1883.
Lobe, Adolf	Zur Reform des Strafprozesses GS 96 (1928), S.37.
Loening, Hellmuth	Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, DVBl. 1952,197 ff. und 235 ff.
Loening, O.	Einige Bemerkungen zu § 153 StPO, JR 1925,340.
Löwe-Hellweg-Rosenberg	Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz, Ergänzungsband, 19.Aufl.,1936.
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 21.Aufl.,1.Bd.1963, 2.Bd. 1965. - zit.: z.B. Kohlhaas, Lö-Ro -
Loppuch	Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung, DVBl.1955, 377 ff. und 416 ff.
Lueder, Joachim	Zur Anfechtbarkeit von Einstellungsbescheiden der Staatsanwaltschaft, MDR 1960, 189.
Lüke, Gerhard	Grundsätze des Verwaltungsprozesses. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, JuS 1961, 41.
-	Die gerichtliche Nachprüfung von Justizverwaltungsakten, JuS 1961,205.
Lüttger, Hans	Der "genügende Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage, GA 1957, 193.
-	Lockerung des Verfolgungszwanges bei Staatsschutzdelikten? JZ 1964,569.
von Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Band I,2.Aufl., 1957.

Mann, Ulrich	Die Anwendbarkeit des Grundsatzes "in dubio pro reo" auf die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Bestrafung. Diss.Kiel, 1960.
Mannheim, Hermann	Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes, JW 1924, 1646.
-	Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, 1925.
Matthis, Eugen	Das Klageerzwingungsverfahren als Garantie des Legalitätsprinzips nach geltendem deutschen Recht. Diss.Basel, 1955.
May, Fritz	Die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch § 153 RStPO und durch die Verordnung vom 6.Oktober 1931. Diss. Erlangen, 1933.
Mayer, Franz	Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963.
Mayer, H.	Zum Aufbau des Strafprozesses, GS 104 (1934), S.302.
Mayer, Hellmuth	Klageerzwingungsverfahren und Opportunitätsprinzip, JZ 1955, 601.
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht. I.Band, 3.Aufl., 1923.
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar, 1964.
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.Aufl. 1965, Besonderer Teil, 4.Aufl. 1964.
Menger, Christian-Friedrich	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954.
-	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. 54 (1963), S.286; 55 (1964), S.275; 56 (1965),S.81.
Merkl, Adolf	Staatszweck und öffentliches Interesse, Verw.Arch. 27 (1919), S.268.
Meyer, Jürgen	Dialektik im Strafprozeß, in: Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 12, 1965.
Meyer, Karl E.	§ 153 StPO, Straffreiheit aus §§ 189,233 StGB und das Strafregister, GA 75 (1931), S.241.

Meyer, Klaus — Zur Problematik der unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, DÖV 1954,368.

Mezger, Edmund — Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: Festschrift für Ludwig Traeger, 1926, S.187.

Mittermaier — Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage, in: Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906, S.148.

Möllinger, Otto — Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten, AöR 80 (1955/56), S.276.

Morschbach — § 154c StPO, NJW 1956, 940.

Mühlhaus, Hermann — Das "besondere öffentliche Interesse" an der Strafverfolgung bei Verkehrsunfällen, JZ 1952, 170.

Müller — Die Einstellung von Straf- und Bußgeldverfahren unter Auferlegung einer Geldzahlung an gemeinnützige Einrichtungen, DDevR 1957, 102.

Müller-Sax (KMR) — Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- u.Ordnungswidrigkeitengesetz,Bd.1 und 2, 6.Aufl.,1966.
- zit.: Müller, KMR -

Müller-Tochtermann,Helmut — Über die praktische Brauchbarkeit der Lehre vom Beurteilungsspielraum, SchlHA 1962, 157.

\- — Der unbestimmte Rechtsbegriff - logisch unhaltbar oder sinnvoll? NJW 1962, 1238.

Nagler, Johannes — Die Protokolle der Strafprozeßkommission unter Berücksichtigung ihres Einflusses auf den Entwurf zur Strafprozeßordnung und die geplante Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz, GS 73 (1909), S.97.

\- — Zur Einschätzung der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.Januar 1924, GS 90 (1924), S.398.

Nebinger, Robert — Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1949.

Neumann	Das öffentliche Interesse mit Bezug auf Gebühren- und Steuerwesen, Expropriation und Scheidung von Privat- und öffentlichem Recht, Hirths Annalen 1886, 357.
Neumayer, Fritz	Stellung und Bedeutung der Staatsanwaltschaft, DRiZ 1956, 132.
Niemeyer, Arnold	Die Zulässigkeit der Nebenklage, MDR 1949, 131.
Niese Werner,	Die Anklageerzwingung im Verhältnis zum Legalitäts- und Opportunitätsprinzip, SJZ 1950, 890.
-	Zur verfahrensmäßigen Behandlung der Beschwerde und zum Armenrecht im Anklageerzwingungsverfahren, JZ 1952,647.
Nowakowski,Friedrich	Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden? Gutachten für den 45.Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 45.Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1964, Band I, Teil 2.
Nüse, Karl-Heinz	Zur Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung, JR 1964, 281.
Obermayer, Klaus	Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, NJW 1963, 1177.
Oehler, Dietrich	Der gesetzliche Richter und die Zuständigkeit in Strafsachen, ZStrW 64 (1952), S.292.
-	Die amtliche Verfolgung der leichten vorsätzlichen und fahrlässigen Körperverletzung, JZ 1956, 630.
Oetker, F.	Verfolgungsübernahme durch die Staatsanwaltschaft im Privatklageprozeß, GS 71 (1908), S.300.
-	Fragen des Privatklageverfahrens, GS 102 (1933), S.262.
-	Legalität, Opportunität, Klageerzwingung, GS 105 (1935), S.370.
Olshausen, Th.	Der deutsche Juristentag. Sein Werden und Wirken. Eine Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum, 1910.
Ortloff, H.	Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS 49 (1894), S.264.

Ostler, Friedrich	Das Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO).Diss.München,1931.
Graf von Pestalozza,	Anton Die VO über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1.24, JW 1924, 286.
Peters, Hans	Lehrbuch der Verwaltung, 1949.
Peters, Karl	Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 1952.
-	Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen, ZStrW 68 (1956),S.374.
Pfenninger, Robert	Das Materialprinzip des modernen Strafprozeßrechts, SchwZSt.31 (1918), S.61.
-	Legalität oder Opportunität im Schweizerischen Strafrecht, SchwSt.66 (1951), S.125.
Pietzonka	Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, NJW 1954, 1865.
Potthoff, Klaus	Zur Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses nach § 153 III StPO, JR 1951, 679.
Preiser, Friedrich	Die Stellung der Staatsanwaltschaft in den Entwürfen zur Neuordnung unseres Strafverfahrens, ZStrW41(1920), S.373.
Pusinelli	Anklageerzwingungsverfahren bei Privatklagedelikten, NJW 1952, 451.
Rahn	Zweifelsfragen des Opportunitätsprinzips, in: Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, hrsg. vom Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1959, S.227.
Redding, Günter	Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? DÖV 1954,365.
Reh, Hans-Joachim	Rechtsgültigkeit der auf Landesrecht beruhenden gebührenpflichtigen polizeilichen Verwarnung, NJW 1952,1121.
Reitberger,Leonhard	Die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit und der Nebenklageberechtigte, NJW 1963,2260.
Reuß, Hermann	Das Ermessen. Versuch einer Begriffsklärung, DVBl.1953,585.
-	Der unbestimmte Rechtsbegriff. Seine Bedeutung und seine Problematik, DVBl. 1953, 649.

Reuß, Hermann	Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, DVBl. 1959, 533.
Richter, Erich	Die Entwicklung des Legalitätsprinzips. Diss. Göttingen, 1925.
Rietzsch	Die Verordnung zur Änderung der Strafvorschriften über fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Flucht bei Verkehrsunfällen v. 2.4.1940, DJ 1940, 532.
-	Die Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts, DJ 1940, 563.
Roesen, Anton	Reform des § 153 StPO, NJW 1958, 1814.
Rosenberg, W.	Das Reichsgericht und die Rechtseinheit, DJZ 1924, 260.
Rotberg, Hans Eberhard	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 3. Aufl., 1964.
Samper, Rudolf	Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 1965.
Sarstedt, Werner	Gebundene Staatsanwaltschaft?, NJW 1964, 1752.
Sauer, Wilhelm	Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., 1929.
Sax, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III, 2. Halbband, 1959, S. 909.
-	Zum Verfahren in Staatsschutzsachen im Ausland, JZ 1964, 41.
Schäfer, Ernst	Die Auflockerung des Verfolgungszwanges im künftigen Strafprozeß und der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit, DStrR 1935, 247.
Schäfer-Hartung	Strafrecht und Strafprozeß, Teil II, 1924.
Scheuerle, Wilhelm	Rechtsanwendung, 1952.
Scheuner, Ulrich	Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, Verw. Arch. 33 (1928), S. 68.
-	Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 253.
-	Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, DVBl. 1952, 293

Schiffer, Eugen — Die deutsche Justiz, 2.Aufl.,1949.

Schindler, Georg — Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? Eine Entgegnung, MDR 1954,331.

Schlüter, Franz — Die Strafprozeßnovelle vom 28.Juni 1935, JW 1935, 2329.

Schmidt, Eberhard — Lehrkommehtar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I (Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts), 2.Aufl. 1964. Teil II (Erläuterungen zur StPO und zum EG StPO), 1957.

- zit.: Eb.Schmidt,Lehrkommentar I bzw. II -

\- — Fiskalat und Strafprozeß, 1921.

\- — Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus, 1952.

\- — Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz (Rechtsgutachten), DRiZ 1957,273.

\- — Entspricht die Zuständigkeitsordnung in Strafsachen dem Satz vom "gesetzlichen Richter"? MDR 1958,721.

\- — Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, DRiZ 1959, 16.

\- — Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip, MDR 1961,269.

\- — Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde, MDR 1964, 629 ff. und 713 ff.

Schmidt, Hans Wolfgang — Reform des § 153 III StPO? SchlHA 1961,326.

\- — Anfechtung von Justizverwaltungsakten nach §§ 23 ff.EGGVG, SchlHA 1962,73.

Schmidt-Brücken,Georg — Verwaltungsermessen, DÖV 1949, 41.

Schmöe — Gedanken und Vorschläge zu § 154c StPO, NJW 1956,212.

Schneidewin, Karl — Das Klageerzwingungsverfahren nach Fristbestimmung gemäß § 154a StPO, JZ 1959, 307.

Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 12.Aufl.,1965.
Schorn, Hubert	Das Klageerzwingungsverfahren im Blickfeld der neueren Rechtsprechung, NJW 1965, 1517.
Schreiber	Das öffentliche Interesse in der Strafrechtspflege, DRiZ 1932, 137.
Schroeder, Friedrich-Christian	Die Anklageerhebung beim LG und beim BGH wegen der "besonderen Bedeutung des Falles", MDR 1965, 177.
Schröder, Horst	In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41.Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 41.Deutschen Juristentages, Bd.I, 2.Halbband,1955, S.57.
Schürer, Karl-Heinz	Die Entwicklung des Legalitätsprinzips seit der Emmingerschen Verordnung. Diss. Hamburg, 1965.
Schütz, Erwin	Der unbestimmte Rechtsbegriff,DÖV 1954,556.
Schwarz	Einstellung des Klageerzwingungsverfahrens nach § 172 StPO, NJW 1958, 1816.
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch, 28.Aufl.,1966.
Schwarz-Kleinknecht	Strafprozeßordnung, 26.Aufl.,1966.
von Schwarze	Strafprozeßordnung, 1878.
Schwinge, Erich	Grundlagen des Revisionsrechts, 2.Aufl.,1960.
Seibert, Claus	Der arme Privatkläger, MDR 1952,S.278.
Sidi, Isaak	Das Legalitätsprinzip im Strafprozeßrechte. Diss.München,1908.
Siegert, Karl	Sachliche Unabhängigkeit des Staatsanwalts? DRiZ 1956, 224.
Sigl, Richard	Ladenschlußgesetz, Kommentar, 1960.
Simonson	Studien zum Privatklageverfahren, GA 38 (1891), S.145.

Sontag	Zum Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, GA 68 (1920), S.321.
Speckert, Xaver	Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip. Diss.Zürich, 1951.
von Staudinger, J.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3.Teil, 11.Aufl.,1958.
Stein, Hans Wolfgang	Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung in § 23 Abs.3 Nr.1 StGB, zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung. Diss Köln, 1963.
Stein-Jonas-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1.Band, 19.Aufl.,1964.
Stenglein, M.	Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1898.
Stern, Klaus	Ermessen und unzulässige Ermessensausübung. Eine Analyse der subjektiven und objektiven Elemente, in: Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin, Heft 4, 1964.
Stier-Somlo	Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in: Festgabe für Paul Laband, Bd.2, 1908, S.445.
Stratmann, Werner	Die Grundsätze des Verfolgungszwanges und der Verfolgungsfreiheit (Legalitäts- und Opportunitätsprinzip) im deutschen Strafprozeß unter besonderer Berücksichtigung der nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung. Diss.Bonn, 1938.
Stree, Walter	Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960.
-	In dubio pro reo, 1962.
-	Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965, 465.
Sundelin	Die praktischen Fälle, wo das sonst begründete Einschreiten des Staatsanwalts aus Nützlichkeitsgründen unterbleiben kann, GS 14 (1862), S.357.

Tezner, Friedrich	Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, 1888.
-	Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band V, 1911, S.67.
-	Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, in: Wiener Staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Band VI, 1924.
Thierfelder, Hans	Gerichtliche Überprüfung von Akten der Staatsanwaltschaft, DVBl. 1961, 119.
-	Gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, NJW 1961, 1101.
Thilo, G.	Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1878.
Thoma, Richard	Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Zweiter Band, 1932, S.221.
Töwe	Die Privatklage, GS 106 (1935), S.145.
-	Legalität und Opportunität, GS 108 (1936), S.146.
Trapp, Erwin	Kann die Einstellung nach § 153 Abs.1 StPO von der Zahlung einer Geldbuße abhängig gemacht werden? NJW 1958,292.
Ule, Carl Hermann	Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.309.
-	Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2.Aufl., 1962.
-	Verwaltungsprozeßrecht. Ein Studienbuch. 3.Aufl., 1963.
Ullmann, Emanuel	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1893.
Versen, Horst	Form und Wirkung der Einstellungen im Strafprozeß. Diss.Bonn, 1937.
von Vogel, Heinz	Auflockerung des Strafverfolgungszwanges bei fehlendem Sühnebedürfnis, DR 1940, 1085.

Vogel, Karl-Heinz	Das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bei Körperverletzungen, NJW 1961,761.
Vollert	Wann liegt die Verfolgung von Beleidigungen und der auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzungen im öffentlichen Interesse? (§ 416 StPO), in: Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, 36 (1889), S.1.
Wach, Adolf	Die Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und der Entwurf einer Strafprozeßordnung, DJZ 1909,10.
Walther,Bernhard	Die rechtliche Stellung des Nebenklägers in den Fällen der §§ 153 und 154 der Strafprozeßordnung. Diss.Halle, 1932.
Wagner, Walter	Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, NJW 1963,8.
-	Zum Legalitätsprinzip, in: Festschrift für den 45.Deutschen Juristentag,1964, S.149.
Warda, Günter	Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962.
Weber	Staatsanwaltschaftliche Geschäftsführung und liberale Strafrechtspflege, DStrZ 1920, 342.
Weber, Albrecht	Die allgemeinen Voraussetzungen des Klageerzwingungsverfahrens nach der Strafprozeßordnung und die Erweiterung des Verfahrensbereichs durch Art.19 Abs.4 des Grundgesetzes. Diss.Tübingen, 1953.
von Weber,Hellmuth	Das Absehen von Strafe, MDR 1956,705.
-	Die öffentliche Klage bei leichter und fahrlässiger Körperverletzung (§ 232 I StGB), MDR 1963,169.
Weber, Reinhold	Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung im neuen § 153 Abs.2 StPO, NJW 1966,1241.
Weigelt	Besonderes öffentliches Interesse i.S.v. § 232 Abs.1 StGB, DAR 1961, 163.
Weinkauff	Grundsätzliches zu der Referenten-Denkschrift über das künftige Richtergesetz, DRiZ 1954,227.

Wellstein	Die Strafprozeßordnung nach den Beschlüssen der ersten Lesung der Reichstagskommission, DJZ 1910,1248.
-	Die Strafprozeßordnung nach den Beschlüssen der zweiten Lesung der Reichstagskommission, DJZ 1910, 1392.
Werner, Fritz	Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1957, 221.
Werthauer, Johannes	Die Privatklage, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Buch 5, Abschnitt 1, 1930.
Wieacker, Franz	Gesetz und Richterkunst, 1958.
Willigmann, Hans-Ulrich	Gedanken und Vorschläge zu § 154c StPO, NJW 1955, 1747.
Willms, Günther	Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip, JZ 1957, 465.
-	Staatsschutz im Geiste der Verfassung, in: Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Politische Wissenschaft der Universität zu Köln, Heft 7, 1962.
-	Verfolgungszwang und Legalitätsprinzip. Eine kurze Entgegnung. JZ 1965,96.
Wintrich, Josef	Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, S.191.
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch. 6.Aufl.,1965.
Zirkel, Wilhelm Jos.	Absehen von Strafe und Absehen von Klage (§ 153 StPO). Diss.Freiburg, 1936.

Entwürfe und Verhandlungsprotokolle

Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1905

Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze nebst Begründung, Amtliche Ausgabe, 1908. (E I)

Verhandlungen des Reichstags 1907/09 Nr.1310. (E II)

Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (Deutsche Landesgruppe), Band 16, 1909

Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung der Rechtspflege. Verhandlungen des Reichstags 1914/18 Nr.658

Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen mit Begründung, 1919

Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes, Verhandlungen des Reichstags 1920/23 Nr.5171

Entwurf eines ersten Gesetzes zur Vereinfachung des Rechtswesens. Verhandlungen des Reichstags 1920/23

Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission, 1938

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 5.Band, Allgemeine Fragen zum Besonderen Teil, 1958

Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, 1962
- zit.: Entwurf 1962 -

Verhandlungen des 45.Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1964, Band II (Sitzungsberichte).

Einleitung

Seitdem das Grundgesetz dem Bürger in Art.19 Abs.4 den Rechtsweg gegen alle belastenden Maßnahmen der öffentlichen Gewalt eröffnet hat, ergeben sich für die Gerichte immer wieder in der Hauptsache zwei Probleme: Einmal ist die Frage zu beantworten, welche Maßnahmen der öffentlichen Gewalt überhaupt als anfechtbare Verwaltungsakte anzusehen sind, zum anderen das Problem zu lösen, ob die Maßnahmen der öffentlichen Gewalt in vollem Umfange von den Gerichten überprüft werden können. Beide Probleme sind in der Verwaltungsrechtslehre und Rechtsprechung schon immer eingehend erörtert worden. Die umfassende Rechtswegegarantie des Grundgesetzes hat jedoch hier die Diskussion auf eine neue Grundlage gestellt. Das erste Problem ist nunmehr zu einer weitgehenden, wenn auch nicht abschließenden Klärung gekommen. Bei der zweiten Frage sind dagegen die Meinungen in der Rechtsprechung und Lehre noch sehr geteilt. Insbesondere durch die neuere Lehre vom "Beurteilungsspielraum", die die herkömmliche Lehre von den Ermessensbegriffen und den unbestimmten Rechtsbegriffen aus rechtsstaatlichen Erwägungen modifizierte, ist eine gewisse Verwirrung eingetreten, die auch durch neuere Aufsätze nicht restlos beseitigt worden ist.

Mit der Lehre vom "Beurteilungsspielraum" ist das allgemeine Problem der Auslegung und Anwendung von Gesetz und Recht wieder in den Vordergrund rechtswissenschaftlicher Betrachtung gerückt. Das hat sich auch befruchtend auf die Erörterungen der "dogmatischen Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht"[1)] ausgewirkt. Das Strafrecht und Strafprozeßrecht harrte vornehmlich einer neuen

---

1) Titel der Habilitationsschrift von Günter Warda, erschienen 1962

und gründlichen Durchdringung mit den Gedanken und Grundsätzen des Verfassungsrechts. In letzter Zeit haben daher die Fragen des strafrichterlichen Ermessens eingehende Behandlung erfahren. Die sich hierbei ergebenden Probleme sind auch zu einer gewissen Lösung geführt worden. Im Gegensatz dazu sind die Fragen des staatsanwaltlichen Ermessens bisher noch nicht über einige kurze Stellungnahmen hinausgediehen.

Für den Angeklagten ist zweifellos das richterliche Ermessen von maßgebender Bedeutung. Man darf aber nicht übersehen, daß der Staatsanwalt "die Klinke der Justiz in der Hand hält"[2]. In den Fällen des Opportunitätsprinzips wird daher die Entschließung des Staatsanwalts, Anklage zu erheben, für den Beschuldigten zur alles entscheidenden Maßnahme. Nach der fast ohne Widerspruch herrschenden Ansicht darf das Gericht das tatsächliche oder vermeintliche Anklageermessen des Staatsanwalts nicht einmal im Rahmen einer beschränkten Ermessenskontrolle, wie sie von den Verwaltungsgerichten bei den Ermessensentscheidungen der Verwaltung ausgeübt wird, nachprüfen. Angesichts der Rechtswegegarantie des Art.19 Abs.4 GG drängt sich eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit dieser herrschenden Meinung geradezu auf. In erster Linie ist es aber prüfenswert, ob der Staatsanwalt in allen Fällen des sogenannten Opportunitätsprinzips eine Ermessensentscheidung treffen darf.

Beachtliche Zweifel an der herrschenden Meinung sind in letzter Zeit bei der Frage aufgetaucht, ob das Gericht das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" in den Fällen des § 232 Abs.1 StGB prüfen darf. Von daher lassen sich auch nicht mehr die Zweifel unterdrücken, ob der Begriff "öffentliches Interesse" in den §§ 376 und 153 Abs.1 und 2 StPO den Staatsanwalt zu einer unüberprüfba-

---

2) Schiffer, Die deutsche Justiz, 1949, S.292

ren Ermessensentscheidung ermächtigt. Die höchstrichterliche Verwaltungsrechtsprechung behandelt den Begriff "öffentliches Interesse" zudem zunehmend als unbestimmten Rechtsbegriff. Es ist daher eine Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung im Strafprozeßrecht über das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung", wie es in den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB gesetzlich normiert ist, an der Zeit. Dabei kann auch nicht an der Frage vorübergegangen werden, ob und auf Grund welcher anderen Vorschriften der Staatsanwalt ein Anklageermessen ausüben darf.

Der Begriff "öffentliches Interesse" ist zu einem Angelpunkt der verwaltungsrechtlichen Diskussion über die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Verwaltungsakten geworden. Die Auslegung und dogmatische Einordnung des Begriffs "öffentliches Interesse" im Verwaltungsrecht wird daher entscheidende Hinweise auf die Bedeutung des Begriffs im Strafverfahrensrecht geben können. Aus dem Verhältnis von Staatsanwalt und Gericht ergibt sich zudem eine ähnliche Situation wie bei dem Verhältnis von Verwaltungsbehörde zum Verwaltungsgericht. Deshalb darf auch die typische verwaltungsgerichtliche Problematik bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen hier nicht unerörtert bleiben. Im ersten Kapitel dieser Arbeit ist daher vornehmlich zu klären, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Begriff "öffentliches Interesse" im Verwaltungsrecht eine Ermessensermächtigung gewährt. Das zweite Kapitel wird diese Frage für das Strafprozeßrecht prüfen. Im dritten Kapitel sind dann aus der Beantwortung dieser Frage die prozessualen Konsequenzen zu ziehen, wobei die Überlegungen sich von dem Gedanken leiten lassen müssen, daß das "Strafprozeßrecht letztlich angewandtes Verfassungsrecht" ist[3].

---

3) Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, Bd.III 2, 1959, S.967

Neuerdings sind aussichtsreiche Bestrebungen im Gange, das Opportunitätsprinzip weiter auszudehnen, um politischen Zweckmäßigkeitserwägungen, die sich angesichts der Teilung Deutschlands aufdrängen, Raum in unserem Strafverfahren geben zu können. Wenn das Anklageermessen richterlicher Kontrolle unterliegen würde, wäre auch der Schein von Willkür bei der Anklageerhebung beseitigt. Dann wird man diesen Bestrebungen nicht so ablehnend gegenüberstehen und politische Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Verfolgung von Staatsschutzdelikten zulassen können.

1. K a p i t e l

Das "öffentliche Interesse" als unbestimmter Rechtsbegriff und als Ermessensbegriff

I.

Die Lehre von der Ambivalenz der unbestimmten Gesetzesbegriffe

Der Begriff "öffentliches Interesse" tritt uns in zahlreichen Normen des materiellen Rechts[1] und des Verfahrensrechts[2] entgegen[3]. Das Gesetz sagt uns aber in der Regel nicht, was unter dem "öffentlichen Interesse" zu verstehen ist[4]. Das hat manchen zu recht kritischen Bemerkungen über den Gesetzgeber veranlaßt, der uns mit diesem Begriff eine kaum praktikable "Kautschukbestimmung" gegeben habe[5].

---

1) Im Strafrecht vgl. §§ 353b, 353c StGB; § 3 Abs.1 Nr.2 WiStG;
im Zivilrecht vgl. §§ 525, 679, 2194 BGB; § 453 Abs.3 HGB; Art.52, 109, 111 EGBGB;
im Verwaltungsrecht vgl. § 2 Abs.1 Nr.4 GaststättenG; § 14 EnergiewirtschaftsG; für das ältere Recht vgl. Krüger, Diss.1932,S.3 und Dürig, Diss.1949, S.2/3

2) Im Strafverfahrensrecht vgl. §§ 23 Abs.3 Nr.1, 232 Abs.1 StGB; §§ 153 Abs.1 und 2, 376 StPO;
im Verwaltungsverfahrensrecht vgl. § 7 Abs.2 OWiG; §§ 36, 80 Abs.2 Nr.4 VwGO; §§ 22a,55d GewO; § 16 Abs.3 BBahnG, § 23 LadenschlußG, § 6 Abs.4 EnergiewirtschaftsG; Art.5 Abs.2 Nr.3c, Art.23 Abs.1 Nr.4, Art.46 Abs.1 Bayer. Polizeiaufgabengesetz; vgl. ferner § 15 PatentG, § 18 Abs.3 KündigungsschutzG

3) Vgl. auch die ähnlichen Begriffe in: § 8 PatentG ("Interesse der öffentlichen Wohlfahrt"), Art.14 Abs.2 S.2 und Abs.3 S 1 GG ("Wohl der Allgemeinheit"); Art.11 Abs.2 Ziff.2, Art.24 Abs.1 Ziff.2 Bayer.Gemeindeordnung ("Gründe des öffentlichen Wohls"); § 35 Abs.2 und 3 BBauG ("öffentliche Belange"), § 13 Abs.2 Nr.2,Abs.3 u.4 PersonenbeförderungsG ("öffentliche Verkehrsinteressen")

4) In § 35 Abs.3 BBauG zählt das Gesetz nur beispielhaft auf, wann "öffentliche Belange" beeinträchtigt sind; ausnahmsweise gibt auch § 13 Abs.2 Nr.2 PersonenbeförderungsG Beispiele für "öffentliche Verkehrsinteressen".

Indes trifft diese Kritik alle unbestimmten Gesetzesbegriffe und insbesondere die zahlreichen Generalklauseln in unserem Recht. In der Zeit der Aufklärung hat man einmal geglaubt, "durch genau gefaßte Normen absolute Rechtsklarheit und Rechtssicherheit" begründen zu können[6]. Bald aber stellte sich wieder die Erkenntnis ein, daß es unmöglich ist, die Vielfalt der Lebensverhältnisse durch derart exakt gefaßte Gesetze zu regeln, daß sich die richtige Gesetzesanwendung mit einem "logischen Automatismus" ergibt[7]. Abgesehen davon, daß eine genaue Kasuistik eine unübersehbare Fülle von Normen erforderte, könnte auch eine weitgehend kasuistische Gesetzgebung die Zweifel bei der Gesetzesanwendung nicht völlig ausschalten, denn die Gesetzesbegriffe sind überwiegend[8] mehr oder weniger "unbestimmt"[9]. Es ist daher Aufgabe der Lehre und Rechtsprechung, einen Gesetzesbegriff mit den bekannten juristischen Auslegungsmethoden[10] nach Inhalt und Umfang eindeutig zu machen und damit die Subsumtion des Einzelfalles, also die Anwendung des ausge-

---

5) So für den Begriff "öffentliches Interesse" in § 153 Abs.1 StPO: Rosenberg, JZ 1924, 261; Mannheim, JW 1924, 1647; vgl. auch Grebe, GA 72 (1928), S.90; für das Verwaltungsrecht vgl. die Zitate bei Dürig, Diss. 1949, S.1

6) Engisch, Einführung, S.106

7) Vgl. Bockelmann, Festschrift für Smend, 1952, S.23 ff.

8) Vgl. Engisch, a.a.O., S.108; Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, S.25

9) Absolut bestimmt sind wohl nur die Zahlbegriffe. Der Unterschied von bestimmten und unbestimmten Gesetzesbegriffen ist daher nicht qualitativ, sondern quantitativ. (Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960, S.29; Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 1960, S.120)

10) Vgl. Engisch, a.a.O., S.77 ff.

legten Begriffes auf den festgestellten Sachverhalt zu ermöglichen[11]. Lehre und Rechtsprechung haben sich dieser Aufgabe bei dem Begriff "öffentliches Interesse" mit recht unterschiedlichen Ergebnissen unterzogen.

Wie bei allen unbestimmten Begriffen kann man beim "öffentlichen Interesse" von einem "Begriffskern" sprechen, soweit über dessen Inhalt und Umfang Klarheit herrscht, und von einem "Begriffshof"[12], wo die Subsumtion zweifelhaft wird. Das mag folgendes Beispiel verdeutlichen: Nach § 353b Abs.1 StGB wird ein Beamter mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, der unbefugt ein ihm bei Ausübung seines Amtes zugänglich gewordenes Geheimnis offenbart und dadurch "wichtige öffentliche Interessen" gefährdet. Wenn ein Beamter des Verteidigungsministeriums Unterlagen über eine Geheimwaffe einem Nachrichtenmagazin übergibt, so liegt eine Gefährdung "wichtiger öffentlicher Interessen" vor. Das Interesse an einer wirksamen Landesverteidigung fällt zweifellos in den Begriffskern des "öffentlichen Interesses". Wenn ein Beamter des Justizprüfungsamtes einem Referendar die Themen der allgemeinen Klausur vor der großen Staatsprüfung bekannt gibt, oder wenn ein Lehrer einem Prüfling das Thema der Nacherzählung vor der Aufnahmeprüfung in die höhere Schule mitteilt, so kann zweifelhaft sein, ob hierdurch "wichtige öffentliche Interessen" gefährdet werden. Im Falle der staatlichen Anstellungsprüfung besteht jedoch ein "erhebliches öffentliches Interesse daran, daß keine unge-

---

11) Logische Voraussetzung der Subsumtion ist die Auslegung des Begriffes. Jede neuartige Subsumtion aber geht ihrerseits als neues Auslegungsergebnis in die Definition des Begriffsinhalts ein. Alle Subsumtionen bilden dann das Vergleichsmaterial für den Umfang des Begriffes (vgl. Engisch a.a.O.,S.57,70 und die dort in Anm.46 aufgeführte Literatur).

12) Heck, AcP 112 (1914), S.173. "Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben"; vgl.auch Engisch a.a.O. S.108

eigneten Bewerber in öffentliche Ämter berufen werden". Demgemäß sind auch "wichtige öffentliche Interessen" gefährdet, "wenn ein Prüfling durch einen Geheimnisbruch in die Lage versetzt würde, ohne die erforderliche Eignung eine wichtige Abschlußprüfung zu bestehen"[13]. Dagegen sind keine öffentlichen Interessen von einiger Bedeutung gefährdet, wenn ein Prüfling zu Unrecht die Aufnahme in die höhere Schule erlangt. Da die der Aufnahmeprüfung folgende Bewährungszeit mit über den Verbleib in der höheren Schule entscheidet, wäre eine Korrektur der Entscheidung bald möglich, wenn der Schüler tatsächlich nicht für die höhere Schule taugt[14]. Das letzte Beispiel fällt also nach kritischer Prüfung nicht mehr in den Begriffshof und damit nicht mehr unter den Begriff "wichtige öffentliche Interessen", wenngleich zugegeben werden muß, daß eine Subsumtion unter den einfachen Begriff "öffentliche Interessen" noch möglich wäre. Von der Gefährdung auch einfacher öffentlicher Interessen kann aber dann keine Rede sein, wenn ein Lehrer einem Schüler das Thema des Deutschaufsatzes vor einer Klassenarbeit mitteilt[15].

Diese Beispiele lassen ersehen, daß es auch bei dem Begriff "öffentliches Interesse" Fälle "positiver und negativer Gewißheit"[16] und eine "Sphäre des möglichen Zweifels"[16] gibt. Die Zweifelsfälle des öffentlichen Interesses sind, soweit der Begriff im materiellen Straf-

---

13) BGH, Urt.v.19.6.1958, NJW 1958, 1403

14) So die Begründung des BGH a.a.O.
Der BGH erkennt aber dann eine Gefährdung "wichtiger öffentlicher Interessen" an, wenn das Verhalten des Lehrers bekannt geworden und dadurch "das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Schulverwaltung" erschüttert worden ist.

15) wenn es nicht gerade in einer Abschlußklasse geschieht, wo alle Noten für das Abgangszeugnis maßgebend sind.

16) W.Jellinek, Gesetz 1913, S.38

recht[17] und im Zivilrecht[18] erscheint, durch die Rechtsprechung positiv oder negativ entschieden worden. Bezeichnenderweise ist es aber auf dem Gebiet der Verwaltung[19], die doch "das eigentliche Betätigungsfeld des öffentlichen Interesses"[20] ist, nicht zur Heranbildung einer Kasuistik des öffentlichen Interesses gekommen. Hier ist vielmehr die Frage in den Vordergrund gerückt, ob die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht im Hinblick auf den in Art.20 Abs.2 GG angesprochenen Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung zur Entscheidung der Zweifelsfälle berufen ist.

In der Tat scheint im Verwaltungsrecht diese Frage vordringlich, wenn man bedenkt, daß mit dem Begriff "öffentliches Interesse" ein doppelter Sinn verbunden sein kann. Einmal kann er das meinen, was objektiv im öffentlichen Interesse liegt, zum anderen das, was subjektiv im öffentlichen Interesse liegend erscheint[21]. Im ersten Fall hätte er in der betreffenden Gesetzesnorm die Funktion eines "unbestimmten Rechtsbegriffes", im zweiten die eines "Ermessensbegriffes". Mit dieser Unterscheidung heben aber erst die Schwierigkeiten an, denn die Abgrenzung dieser beiden Begriffe ist lebhaft umstritten. Hier soll unter einem "unbestimmten Rechtsbegriff" nur ein solcher Gesetzesbegriff verstanden werden, der keine Ermessensbefugnis verleiht und auch keinen "Beurteilungsspielraum" gewährt. Demgegenüber gibt ein "Ermessensbegriff" die Befugnis,

---

17) Vgl. Schönke-Schröder, § 353b StGB RandNr.8

18) Vgl. z.B. die umfangreiche Judikatur zu § 679 BGB bei Staudinger, RandNr.74

19) Von Ausnahmen abgesehen, vgl. z.B. Art.14 GG und die umfangreiche Literatur und Rechtsprechung zum Begriff "Wohl der Allgemeinheit".

20) Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932,S.34

21) Nach Hofacker, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform,1919,S.55,189, ist das der Unterschied zwischen "materiellem" und "formalem" Begriff. Durchgesetzt hat sich jedoch die bessere Unterscheidung zwischen "unbestimmtem Rechtsbegriff" und"Ermessensbegriff".

"zwischen mehreren Verhaltensweisen oder zwischen mehreren Beurteilungen eines Tatbestandes nach eigenem Abwägen zu wählen"[22], wobei das positive Recht keiner Verhaltensweise oder Beurteilung einen Vorzug vor der anderen gibt.

Im Anschluß an Tezner[23] wird fast allgemein in der Literatur und Rechtsprechung hervorgehoben, daß in der Freiheit der Wahl zwischen mehreren im Sinne des Gesetzes gleichermaßen richtigen Entscheidungen das Charakteristikum des Ermessens besteht[24]. Andere betonen, daß in der "Eigenständigkeit der Wertung" das Wesen des Ermessens zu erblicken sei[25]. Im Gegensatz zum Ermessen müsse die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe "aus der Sphäre des gesetzgeberischen Willens", also "fremdbestimmt"[26] vorgenommen werden, d.h. die "Basisfunktion des Gesetzes"[27] bleibe in vollem Umfange wirksam. Soweit diese Definition lediglich auf den Erkenntnisprozeß abstellt, steht sie in Gefahr, außer Acht zu lassen, daß bei der "Eigenständigkeit der Wertung" die Freiheit zu verschiedenen Erkenntnisakten nur die eine Seite der An-

---

22) Lerche, Staatslexikon 1959, S.11, Artikel: Ermessen

23) Zur Lehre von dem freien Ermessen ... 1888, S.13 f., 29, und: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924, S.69

24) Vgl. v.Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910, S.62; ders. in Festschrift für Kraus, 1954, S.146 f.; W.Jellinek, Verwaltungsrecht 1931, S.30, 35; Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung 1949,S.10; Drost, Das Ermessen des Strafrichters, 1930, S.13; Karl Peters, Strafprozeß, 1952, S.519; Engisch, Einführung, S.114; Warda, a.a.O., S.14 und die dort in Anm.2 angeführten weiteren Autoren; vgl. ebenso die Vertreter der Lehre vom "Beurteilungsspielraum": Bachof, JZ 1955,98; Jesch, AöR 82 (1957), S.207; Obermayer, NJW 1963, 1177 ff.

25) Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1928,S.142; "Von Ermessen ... spricht man in Gesetzgebung und Rechtswissenschaft dann,wenn vom objektiven Recht das Handeln eines Staatsorgans dessen eigener Bestimmung überlassen ist".

wendung eines Ermessensbegriffes darstellt, während die Kehrseite in der Freiheit des Willens, eine der verschiedenen Erkenntnisse als Entscheidung gelten zu lassen und durchzuführen, besteht[28]. Dies drückt sich gerade trefflich in der Definition des Ermessens als einer "Wahlfreiheit" aus. Forsthoff[29] sagt deshalb auch: "Ermessen ist wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung". Hat man nur den Erkenntnisprozeß im Auge, kann man die fremdbestimmte wie die eigenbestimmte Wertung gleichermaßen als "Auslegungsermessen" bezeichnen, wie dies häufig geschehen ist. Dadurch würde aber die Unterscheidung zwischen einem "unbestimmten Rechtsbegriff" und einem "Ermessensbegriff" hinfällig werden. So sind manche Autoren[30] der Gefahr erlegen, alle unbestimmten Begriffe dem "Auslegungsermessen" des Richters oder des Verwaltungsbeamten zu unterstellen. Die Definition des Ermessens als einer Wahlfreiheit läßt dagegen deutlich erkennen, daß bei der Auslegung und Anwendung "unbestimmter Rechtsbegriffe" nicht von "Ermessen" gesprochen werden darf. Die nicht hinreichende Definition des Ermessens als "Eigenständigkeit der Wertung" scheint überhaupt beträchtlich zu der allgemeinen Verwirrung in der Ermessensliteratur beigetragen zu haben, zumal sie kein brauchbares Kriterium für die Entscheidung der Frage liefert,wann

---

26) Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964, S.19

27) Vgl. Arndt, NJW 1963, 1277

28) Der entgegengesetzten Gefahr, nur auf den Willensakt abzuheben, ist die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" erlegen. Dagegen mit Recht Klein, AöR 82 (1957), S. 96; "Das Spezifikum des Ermessens liegt vielmehr überall gerade in der Vermengung kognitiver und volitiver Elemente".

30) Schon im Anfang der Ermessensdiskussion Lemayer, Grünhut Z 22 (1895), S.452 ff.

29) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1961, S.77

im konkreten Fall ein unbestimmter Gesetzesbegriff als Ermessensbegriff auszulegen ist.

Die Definition der Ermessensbegriffe, wie sie oben gegeben wurde, beruht auf der herkömmlichen Verwaltungsrechtslehre. Danach kann der Sitz des Ermessens auch ein unbestimmter Gesetzesbegriff im Tatbestand oder in der Rechtsfolge eines Rechtssatzes sein, was die Definition mit der zweiten Alternative, "zwischen mehreren Beurteilungen eines Tatbestandes zu wählen", ausdrückt[31]. Man spricht insofern auch von einem "Tatbestandsermessen". Ermessenshaltig können aber nur die sogenannten "normativen Rechtsbegriffe" sein[32], die man auch als "wertausfüllungsbedürftig" bezeichnet und die im Gegensatz zu den "deskriptiven Begriffen" stehen. Die "unbestimmten" deskriptiven Begriffe, die hier außer Betracht bleiben müssen, sind nach herrschender Auffassung niemals Ermessensbegriffe[33]. Eine weitere Einschränkung muß hinsichtlich der sogenannten "normativen Tatbestandsmerkmale" im Strafrecht gemacht werden, die in keinem Fall Ermessensbegriffe

---

31) Schon Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S.36 ff., der von "technischem" oder "diskretionärem" Ermessen spricht, wenn ein unbestimmter Gesetzesbegriff nur durch eine ziemlich komplizierte Gedankenreihe angewendet werden kann, geht von der Doppeldeutigkeit unbestimmter Gesetzesbegriffe aus.
Ebenso v.Laun, Das freie Ermessen, 1910,S.70, der die Kategoriebegriffe des öffentlichen Interesses als Ermessensbegriffe im Gegensatz zu den übrigen Rechtsbegriffen ansieht (a.a.O. S.45 ff.).
Vgl. ferner Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung 1914, S.29 ff.; Fleiner, Institutionen, 1928, S.142 ff.; ebenso die in Anmerkung 49) genannten Autoren.

32) Vgl. die Terminologie bei Engisch, Einführung S.109 ff., dort die "normativen Begriffe im engeren Sinn".

33) Vgl.Engisch a.a.O.,S.116.
a.A.Drost,Das Ermessen des Strafrichters,1930,S.13 ff., der die "unbestimmten Seinsbegriffe" zu den Ermessensbegriffen zählt;kritisch hierzu Warda,a.a.O.,S.24 ff.

darstellen können[34]. Mit der herkömmlichen Lehre wird aber hier daran festgehalten, daß es wenigstens im Verwaltungsrecht - wenn auch nur in sehr beschränktem Umfange - echte Ermessensbegriffe gibt,bei denen verschiedene Wertungen und damit Entscheidungen gleichermaßen richtig, d.h. zweckmäßig und damit rechtmäßig sind[35].

---

34) So die h.M., Engisch, Festschrift für Mezger, 1954, S.152 f.,ders. Einführung,S.116; Warda, a.a.O., S.27 ff.;
a.A. Mezger, Festschrift für Traeger, 1926,S.229, der auch "subjektive Wertungsdelikte" anerkennt. Schröder, Gutachten für den 41.Deutschen Juristentag 1955,S.63, der die "reinen Wertbegriffe" wie z.B. "erhebliche Entstellung" zu den Ermessensbegriffen rechnet.

35) Die nach den Gesetzen der Teleologik zu ermittelnde zweckmäßigste Entscheidung wäre hier zwar die "richtige" Entscheidung. Das Wesen des Ermessens besteht aber gerade darin, daß "mit einer sachlichen Begründung ... innerhalb des Ermessensspielraums jedes Verhalten (scil. und jede Wertung) rechtmäßig gewählt werden (kann), ohne Rücksicht darauf, ob es (bzw. sie) mehr oder minder zweckmäßig ist" (Obermayer, NJW 1963, 1182). Das Wort "richtig" sollte man daher bei Ermessensbegriffen kritisch gebrauchen (vgl. Jesch, AöR 82 (1957),S.207 und Obermayer, a.a.O.);

a.A.Bettermann, in: Der Staat, 1962,S.85, der offenbar nur die zweckmäßigste Entscheidung als "richtig" und rechtmäßig anerkennen will und deshalb eine Wahlmöglichkeit beim Ermessen verneint, ohne allerdings dem Gericht eine volle Überprüfung des Ermessens zu gestatten.
Bettermann ist folgendes entgegenzuhalten:Der Rechtsanwender hat zwar bei einer Ermessensermächtigung die subjektiv zweckmäßigste Entscheidung zu treffen.Wenn aus seiner Begründung hervorginge, daß er im Grunde ein anderes Ergebnis für zweckmäßiger hielte, wäre seine Entscheidung als fehlerhaft aufzuheben. Vom objektiven Standpunkt aus kann man aber von einer Wahl zwischen mehreren subjektiv zweckmäßigen Entscheidungen sprechen, da auch eine objektiv weniger zweckmäßige Entscheidung mangels objektiver Nachprüfbarkeit "richtig",d.h. rechtmäßig ist. Der Gesetzgeber hat beim Ermessen offenbar die Möglichkeit einer weniger zweckmäßigen Entscheidung für eine bessere Lösung gehalten,als die von einer sachgerechten Entscheidung noch viel weiter entfernte generelle Lösung mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffes.

Die Lehre von der Ambivalenz unbestimmter Gesetzesbegriffe steht in der Mitte zwischen zwei extremen[36] Ansichten, die in der Literatur und Rechtsprechung vertreten werden, wenn man von den unkritischen Verwendungen des Begriffes "Ermessen" absieht. Nach der einen Ansicht stellt die Subsumtion unter einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der eine Wertung verlangt, immer eine Ermessensentscheidung dar. Nicht allein dort, wo das Gesetz die eigenständige individuelle Wertung anerkenne, sondern auch dort, wo offenbar nur die Wertungen der Gesellschaft festgestellt und der Subsumtion zugrunde gelegt werden sollen, verbleibe immer ein Spielraum für die richtige Entscheidung. Denn alle Wertungen - auch die Nachvollziehung fremder Wertungen - seien von dem Fühlen und Wollen des Wertenden abhängig, und deshalb sei die Anwendung von Wertbegriffen im letzten Grunde kein Akt des rationalen, sondern des emotionalen Denkens[37]. Diese Lehre stellt also immer die Auslegung und Anwendung unbestimmter Wertbegriffe dem "Auslegungsermessen" des Rechtsanwenders anheim. Ihre Vertreter vermeiden es zwar meist, hier von einer echten Wahlmöglichkeit im Bereich des Begriffshofes zu sprechen[38]. Einige dagegen sehen in der Mehrdeutigkeit unbestimmter Begriffe offen-

---

36) Das ist nicht abwertend zu verstehen.

37) Vgl. die Freirechtsschule, insbesondere Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S.18, 25, 94 f., 154 ff., der die richterliche Entscheidung schlechthin als "irrational", "durch das Rechtsgefühl erzeugt" ansieht, das allerdings "der Kontrolle durch die Normen unterzogen und an Hand der Normen gegebenenfalls berichtigt werden muß".

Mit Recht ablehnend: Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, S.183 ff., 188 ff.; vgl. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S.59 ff.

38) vgl. z.B. Stier-Somlo, Festgabe für Laband, 1908, S.466 ff.; Haas, MDR 1953, 653.

sichtlich eine Berechtigung zu einer echten Wahlfreiheit zwischen mehreren möglichen Wertungen[39].

Die entgegengesetzte Meinung erkennt bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe immer nur eine objektiv gültige Wertung und Entscheidung an. Namentlich die neuere Verwaltungsrechtslehre ist aus der richtigen Erkenntnis heraus, daß man unbestimmte Rechtsbegriffe nicht als "gebundene" Ermessensbegriffe betrachten kann[40], zu dieser kategorischen Ablehnung von sogenannten Ermessensbegriffen gelangt. Während der eine Teil dieser Lehre daraus die volle Überprüfbarkeit aller unbestimmten Gesetzesbegriffe durch die Verwaltungsgerichte fordert[41],

---

39) Drost, Das Ermessen des Strafrichters, 1930,S.13 ff., 16 ff.,20 ff.,der zwischen Seins- und Wertbegriffen unterscheidet und bei den "unbestimmten" Seinsbegriffen und immer bei den Wertbegriffen ein Ermessen des Strafrichters im Sinne einer echten Wahlmöglichkeit anerkennt, das zwar durch den jeweiligen Gesetzeszweck begrenzt ist.
Ihm folgend: Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken,1938,S.324 ff.,325,332.

40) Die Unterscheidung zwischen "gebundenem Ermessen", d.i. im Grunde Auslegungsermessen (vgl.v.Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910,S.50), und "freiem Ermessen", die auf die Distinktion zwischen richterlichem Ermessen und Verwaltungsermessen zurückgeht (nach Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3.Aufl.1923,S.98 f.),wird heute überwiegend abgelehnt, weil es eine Verkennung des Wesens des Ermessens ist, wenn man die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen als Ermessen bezeichnet (vgl. Bachof,JZ 1955,101; Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek,1955,314; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1961,S.75 Anm.2; Engisch, Einführung, Anm.135.

41) So schon Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen, 1888; ders.: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924,S.14 ff, der gegen die Kategorien des "technischen" Ermessens und des "öffentlichen Interesses" von Bernatzik und v.Laun energisch Stellung nimmt und sie als Auslegungsermessen kennzeichnet, das aber von dem echten Ermessen als einer "Wahlfreiheit unter verschiedenen Möglichkeiten des Vollzugs einer Rechtsnorm" (a.a.O.S.69) grundsätzlich zu unterscheiden sei.Nur bei "ausdrücklicher Ermächtigung sei

gesteht der überwiegende Teil der Lehre mit unterschiedlichen Begründungen den Verwaltungsbehörden in allen[42], den meisten[43], oder nur in Grenzfällen[44], einen "Beurteilungsspielraum" bei der Subsumtion unbestimmter Gesetzesbegriffe zu, der von den Gerichten nicht nachgeprüft werden kann. Offenbar umfaßt dieser "Beurteilungsspielraum"aber nur einen Teil des Begriffshofes eines unbestimmten Gesetzesbegriffes[45]. Diese Lehre läßt echtes Ermessen nur als "Rechtsfolge-,Verhaltens-, Handlungsvolitives Ermessen" gelten. Demgegenüber soll hier daneben ein "Tatbestands-, Beurteilungs-, Urteils-, Subsumtions-, kognitives Ermessen" anerkannt werden.

Die beiden extremen Ansichten, die die Ambivalenz unbestimmter Gesetzesbegriffe leugnen, indem die eine alle unbestimmten Begriffe zu "Ermessensbegriffen",die andere alle zu "unbestimmten Rechtsbegriffen" erklärt,haben die Frage, woran man im konkreten Fall einen Ermessensbegriff oder einen unbestimmten Rechtsbegriff erkennt, auf ihre Weise kategorisch beantwortet.Die herkömmliche Lehre von der Ambivalenz unbestimmter Gesetzesbegriffe läßt eine gewisse Unsicherheit bei der Lösung dieses Problems erken-

---

"die Wahl zwischen zwei oder mehreren Entschließungen im Hinblick auf einen bestimmten Verwaltungszweck" berechtigt, sonst aber seien "Ermessensurteile" nicht statthaft (a.a.O., S.70 f.).

Ebenso neuerdings Reuß, DVBl 1953,589; Lendi,Diss. 1958,S.125 ff.; Czermak, NJW 1961,1906; ders.,DÖV 1962,921, der aber in JZ 1963,279 unter dem "Gesichtspunkt der Beweisaufnahme" eine tatsächliche Einschränkung der gerichtlichen Prüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen für möglich hält.

42) Offenbar Obermayer, NJW 1963, 1178

43) Offenbar Wolff, Verwaltungsrecht I,1965,S.147 ff.

44) Bachof, JZ 1955,102, "Die Vermutung spricht gegen einen solchen Spielraum".
Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek 1955, S.325; Jesch,AöR 82(1957),S.232 ff.; Kellner, DÖV 1962, 578 ff.

45) Vgl. Jesch, AöR 82 (1957), S.221.

nen. Sie muß eines formalen Kriteriums, wie es die Definition des Ermessens als bloßes Handlungs- oder Rechtsfolgeermessen abgibt, entraten. Sie hat aber doch ein echtes materielles Kriterium in der Definition des Ermessens als einer Wahlfreiheit. Dabei erweist sich allerdings die Fragestellung, ob nach dem Willen des Gesetzes nur eine Entscheidung oder mehrere Ergebnisse rechtsrichtig sein können[46], als nicht hinreichend zur Erkennung eines Ermessensbegriffes in einer Rechtsnorm. Zur Definition des Ermessens als einer Wahlfreiheit muß noch eine inhaltliche Bestimmung dessen hinzukommen, worauf sich das Ermessen immer nur beziehen kann. Rudolf von Laun und Walter Jellinek haben hier die bahnbrechende Erkenntnis geschaffen. Die berühmte Formel von Launs[47], daß den Verwaltungsbehörden dort ein Ermessen eingeräumt ist, wo sie ermächtigt sind, "nach ihrer eigenen pflichtmäßigen Ansicht und ihrem eigenen pflichtmäßigen Wollen selbst zu bestimmen, was der nächste unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll", hat Jellinek[48] mit Recht dahin ergänzt, daß sich das Ermessen nicht nur auf den "Zweck", sondern auch auf die "Mittel" beziehen kann. Ist dem Rechtsanwender eine Wahl zwischen mehreren vom Gesetz gleichermaßen anerkannten Zwecken und Mitteln gestattet, so hat er eine eigene Gestaltungsfreiheit hinsichtlich dessen, worauf sich der unbestimmte Begriff bezieht. Ein Ermessensbegriff ist also stets eine Ermächtigung zu einer Zukunftsgestaltung. Mit diesem materiellen Kriterium des Ermessens kann naturgemäß nur von Fall zu Fall durch Auslegung der Gesetze

---

46) ob also das Gesetz eine Mehrdeutigkeit des unbestimmten Begriffs gewollt hat, oder ob die Mehrdeutigkeit des Begriffes ungewollt ist und daher nur eine Entscheidung rechtens sein soll (so W.Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931, S.30).

47) Das freie Ermessen, 1910, S.62

48) Verwaltungsrecht, 1931, S.35

und Institutionen, insbesondere unter Berücksichtigung des Grundgesetzes, entschieden werden, ob der Richter, der Staatsanwalt oder der Verwaltungsbeamte eine echte Wahlmöglichkeit bei der Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffes hat[49]. Es ist theoretisch denkbar, daß dabei der gleiche unbestimmte Begriff in verschiedenen Normen des gleichen Gesetzes einmal die Bedeutung eines Ermessensbegriffes hat, zum anderen die eines unbestimmten Rechtsbegriffes, wenn auch "die Einheit der Rechtsordnung" in der Regel eine einheitliche Auslegung erheischen wird[50].

---

49) v.Laun, Das freie Ermessen, 1910, S.70 ff.; W.Jellinek, Gesetz 1913, S.38 ff.; ders. Verwaltungsrecht, 1931, S.30 ff.; Hofacker, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919, S.190; Scheuner, Verw.Arch.33 (1928),S.85; Nebinger, Verwaltungsrecht, 1949,S.229; Giese, JZ 1952, 585; Schütz, DÖV 1954,557; E.R.Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II,1954, S.654 f.; Klein, AöR 82 (1957), S.119 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1961, S.79; Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964, S.20; Engisch, Einführung, S.118.

50) Vgl. die gleichnamige Abhandlung von Engisch, erschienen 1935.

II.

Das "öffentliche Interesse" unter dem Blickwinkel der Lehre von den unbestimmten Begriffen als Ermessensbegriffen

Zu den beiden extremen Lehrmeinungen soll nun im Hinblick auf den Begriff "öffentliches Interesse" Stellung genommen werden.

Der Lehre von den unbestimmten Begriffen als Ermessensbegriffen liegt ein gewisser Agnostizismus zugrunde. Sie geht von den tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aus und postuliert daraus die Berechtigung zu einer Ermessensentscheidung im Sinne einer Wahlmöglichkeit. Die Mehrdeutigkeit eines unbestimmten Begriffes als "gesetzesbegriffliche Naturgegebenheit"[51] vermag aber niemals mehrere mögliche Entscheidungen zu legitimieren[52]. Es trifft zwar zu, daß jeder normative Begriff ein ergänzendes Werturteil verlangt und dadurch subjektive Wertvorstellungen bei der Auslegung des Begriffes praktisch umso ausschlaggebender für die Entscheidung werden, desto ungewisser der Begriff ist. Dennoch darf schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht die subjektive Wertvorstellung Richtpunkt der Entscheidung sein. Wo die Auslegung der Norm ergibt, daß vorgegebene Wertungen der Allgemeinheit oder bestimmter Gesellschaftsgruppen dem unbestimmten Begriff zugrunde gelegt werden müssen, hat der Rechtsanwender diese objektiv, d.h. ohne Rücksicht auf seine persönliche Auffassung festzustellen[53]. Die eigene persönliche Wertung kann

---

51) Klein, AöR 82 (1957), S.78

52) Die Mehrdeutigkeit eines Begriffes ist nur Voraussetzung und nicht Legitimation für einen Ermessensbegriff, d.h. also, Ermessensbegriffe können nur unbestimmte Begriffe sein (Jellinek, Verwaltungsrecht, S.31; Engisch, Einführung, S.116).

53) Jellinek, Gesetz S.38, "Soweit das Gesetz diese gesellschaftliche Begriffsbildung mit Maßgeblichkeit ausstattet, bedient es sich der Gesellschaft als einer Rechtsquelle

dabei höchstens nur "Bestandteil des Erkenntnismaterials, nicht letztgültiger Erkenntnismaßstab" sein[54]. Soweit es sich überdies um Grundsätze handelt, die unabhängig von den zeitbedingten Anschauungen der Gesellschaft Geltung beanspruchen können, müssen diese allein Richtschnur für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sein[55]. Auch dort, wo objektive Maßstäbe nicht auszureichen scheinen, wo die Anschauungen der Gesellschaft nicht sicher und klar, geschweige denn als solche immer deutlich zu erkennen sind, kann der Rechtsidee nach[56] nur eine Entscheidung die richtige[57] sein[58]. Da wir uns bei Wertungen immer "außerhalb

---

mit abgeleiteten Rechtssatzwirkungen".
Vgl. auch Engisch, Einführung, S.124.
Hierauf beruht die ganze Judikatur zu den Generalklauseln; z.B. liegt ein Verstoß gegen die "guten Sitten" vor, wenn ein Handeln gegen das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verstößt (RGZ 48,114).

54) Engisch, Einführung S.126

55) Zu diesen zählen insbesondere die unabdingbaren Grundrechte. Inwieweit aber z.B. das "objektive Sittengesetz" (so BGH 6, S.46 ff. u.S.147 ff.) hierzu gerechnet werden muß, ist zweifelhaft (vgl. Engisch, Einführung, S.125,192 und die in Anmerkung 145 und 145b genannten Autoren).

56) Jellinek, Verwaltungsrecht, S.31: "Auch bei freiestem Umgehen mit dem Gesetzestext (muß) der Ausleger sich von der Idee leiten lassen, zu keinem anderen Ergebnis zu kommen als jeder andere Ausleger";
vgl. ebenso Bay VGHE 8 I, 30 ff. (33).

57) Engisch, Festschrift für Mezger, 1954,S.152; der Gesetzgeber wird "in aller Regel von der Intention ausgehen, daß das 'ergänzende Werturteil' trotz aller 'Subjektivität' einen Richtpunkt im Gerechten und Angemessenen habe, daß daher nur eine Entscheidung die zutreffende sein könne"; denn "der Begriff des Normativen, auch wenn er nach dem subjektiv Normativen entwickelt wird, (hat) doch seine Basis im Wertbezüglichen und damit in einer irgendwie vorgegebenen Normen- und Werteordnung".
Vgl. auch Engisch, Einführung, S.114 ff.

58) Diese trifft dann die vom Gesetz hierfür vorgesehene Revisionsinstanz, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff nicht wegen allzu großer Unbestimmtheit als verfassungswidrig anzusehen ist.

des Verifizierbaren" befinden[59], bleibt zwar in solchen Fällen "ein Restraum subjektiven Fürrichtighaltens"[60]; dennoch dürfen und müssen wir hier von objektiv bestimmbaren[61] unbestimmten Rechtsbegriffen reden, da das absolut Objektive immer nur naturwissenschaftlicher Erkenntnis zugänglich bleibt und wir uns im Bereich juristischer Erkenntnis mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu bescheiden haben[62]. Der Begriffshof eines unbestimmten Rechtsbegriffes ist also nicht der Bereich eines "Auslegungsermessens", sondern hier muß eindeutig entschieden werden, ob die Auslegung und die Anwendung des Begriffes auf den Einzelfall von dem objektiven Inhalt und Umfang des Begriffes gedeckt werden.

Für eine Reihe von Normen ergibt sich die Verpflichtung zu einer objektiv eindeutigen Auslegung ihrer unbestimmten Rechtsbegriffe auch unmittelbar aus dem Verfassungsrecht. Im Strafrecht gilt Art.103 Abs.2 GG für die normativen Tatbestandsmerkmale mit seinem doppelten Sinn, einmal dem Verbot an die Gerichte, Strafen auf Grund von Gesetzen zu verhängen, die der erforderlichen Bestimmtheit ermangeln, zum anderen dem Gebot an die Gerichte, die Gesetze verfassungskonform, d.h. im Sinne einer gesetzlichen Bestimmtheit auszulegen[63]. Würde der Richter den Tatbestand einer Strafnorm nach seiner subjektiven Ansicht auslegen und somit die Strafbarkeit sowohl bejahen als auch verneinen dürfen, so wäre die Strafbarkeit letztlich durch den Richter und nicht mehr "gesetzlich bestimmt". Das würde gerade dem

---

59) Vgl. Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S.9

60) Vgl. Klein, AöR 82 (1957), S.84 ff.96

61) Die Einschränkung von Lendi, Diss.1958,S.81, 89 f.,man dürfe deshalb nur von objektiv "zu bestimmenden" unbestimmten Rechtsbegriffen sprechen, ist hierin inbegriffen.

62) Deswegen darf man hier noch lange nicht von einem "Beurteilungsspielraum"reden, da ein unbestimmter Rechtsbegriff immer nur die eine richtige Entscheidung intendiert.

Rechtsstaatsprinzip, wie es in der Verfassungsnorm des Art.103 Abs.2 GG zum Ausdruck gekommen ist, widersprechen[64]. Im Verwaltungsrecht ergibt sich aus dem Grundrechtskatalog, daß ein unbestimmter Begriff zumindest dann keine Ermessensbefugnis zu einem belastenden Verwaltungsakt gewährt, wenn dieser sich als Grundrechtseingriff darstellt[65]. Denn ein Grundrecht kann gemäß Art.19 Abs.1 S.1 GG nur bei entsprechendem Gesetzesvorbehalt durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Wenn aber der Verwaltungsbeamte oder der Richter eine Wahlmöglichkeit bei der Auslegung und Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes hätte, der im Tatbestand oder in der Rechtsfolge einer solchen Ermächtigungsnorm erscheint, würde letztlich nach deren Willen und nicht nach dem für alle möglichen Fälle bereits festgelegten Willen des Gesetzes ein Eingriff in Grundrechte erfolgen.

Nach dem Grundgesetz müssen also die unbestimmten Begriffe der beiden vorgenannten Normengruppen stets objektiv eindeutig ausgelegt und angewendet werden. Das setzt voraus, daß sie auch objektiv eindeutig bestimmbar sind. Walter Jellinek[66] betont, daß jeder noch so unbestimmte Begriff durch Auslegung zu einem bestimmten werden kann, wenn die Mehrdeutigkeit des Begriffes nicht vom Gesetz gewollt ist, d.h. wenn er nach dem Willen des Gesetzes als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen ist. Das scheint auch die Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes und der oberen Bundesgerich-

---

63) Vgl.Engisch,Festschrift f.Mezger,1954,S.156 f.,der insofern vom "Garantietatbestand" spricht.

64) Vgl. Warda,aaO.,S.40 ff., der darüberhinaus Art.2 Abs.2 S.3 GG,Art.104 Abs.1 GG,den Grundsatz der Gewaltenteilung und der Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz (Art.20 Abs.3 GG),sowie den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlicher Eingriffe als verfassungsrechtliche Garantien für die Auslegung eines normativen Tatbestandsmerkmals als unbestimmten Rechtsbegriff ansieht.

65) Dürig,JZ 1953,535

66) Verwaltungsrecht, S.30 ff.

te zu sein, denn sie haben in zahlreichen Entscheidungen einen recht unbestimmten Begriff auf Grund verfassungskonformer Auslegung als unbestimmten Rechtsbegriff qualifiziert und damit die Objektivierbarkeit des Begriffes bejaht. Keinesfalls darf also ein unbestimmter Rechtsbegriff, nur weil er zu unbestimmt ist, als Ermessensbegriff[67] angesehen oder bei seiner Anwendung ein Beurteilungsspielraum[68] zugestanden werden. Für den Begriff "öffentliches Interesse" bedarf es allerdings noch des Nachweises, daß die mit ihm angesprochenen Wertvorstellungen zu einer eindeutigen Wertung objektiviert werden können, denn bei ihm scheint die Ermittlung objektiver Maßstäbe eigentümliche Schwierigkeiten zu bereiten.

Der Begriff "öffentliches Interesse" besteht eigentlich aus zwei unbestimmten Begriffen, aus dem Begriff "öffentlich" und dem Begriff "Interesse". Als Interessen bezeichnen wir die Bedürfnisse und Lebensnotwendigkeiten[69], die "Begehrungen und Begehrungstendenzen, die materiellen wie die idealen"[70], eines Individuums, einer bestimmten Gesellschaftsgruppe, der Allgemeinheit. Sie haben letztlich ihren Ursprung im Gefühl der Lust und Unlust[71]. Dadurch scheinen bei ihnen die Elemente des Fühlens und Wollens zu überwiegen. Die Interessen deuten auf eine primär nicht

---

67) a.A. Scheuner, Verw.Arch.33 (1928),S.85, der das Ermessen dort beginnen läßt, "wo die Auslegung nicht mehr Richtung weist", d.h. wo der Begriff zu unbestimmt wird.

68) a.A. Bachof, JZ 1955,102, der als Kriterium für einen "Beurteilungsspielraum" prüft, "ob und inwieweit die angesprochenen Wertvorstellungen überhaupz soweit objektivierbar sind, daß sie nur eine einzige richtige Entscheidung als möglich erscheinen lassen".

69) Vgl. Merkl, Verw.Arch. 27 (1919), S.268 ff.

70) Heck, AcP 112 (1914), S.11

71) W.Jellinek, Gesetz S.68

von der rationalen Einsicht her bestimmte Verhaltensweise des Auswählens, Vorziehens, Bedeutunggebens, Wertens" hin.[72] Dennoch läßt sich für dieses höchst subjektive Interesse ein objektiver Maßstab gewinnen.

Ein Interesse ist immer auf ein Objekt, auf einen Zweck gerichtet, dem es einen bestimmten Wert beimißt. Zunächst bezeichnet zwar das Interesse gemäß der lateinischen Wortbedeutung "interesse", d.h. dazwischen sein, beteiligt sein, nur die Beziehung zwischen dem Subjekt und dem Objekt. Treffend verselbständigt dann aber die Sprache diese Beziehung: aus dem beteiligt sein wird eine Beteiligung, ein Anteil[73], ein Wert. Walter Jellinek[74] sagt darum: "Der Wert, den wir einer Wirklichkeit oder einer Verwirklichung beilegen, heißt Interesse"; und Georg Jellinek[75] bezeichnet das Interesse als "ein Gut nach der subjektiven Wertschätzung für die menschlichen Zwecke". Jhering[76] stellt noch klarer heraus, worauf es hier ankommt: "Der Wertbegriff enthält den Maßstab zur Bestimmung der Tauglichkeit des Gutes, der Interessenbegriff erfaßt diese Werteigenschaft in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjekts". Dies will sagen: das Gut ist mit dem Maßstab von Wertbegriffen objektiv aus den Zwecken, d.h. den Existenzbedingungen der Interessensubjekte bestimmbar[77]. Georg Jellinek[78] weist zutreffend auf den Prozeß der Interessenbildung hin, indem er bemerkt: "Was objektiv gefaßt als Gut erscheint, wird subjektiv zum Interesse". Das subjektive Interesse bildet sich also vom

---

72) Hoffmeister, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 1955,S.334, Stichwort: Interesse.

73) Pfenninger, SchwZSt 31 (1918), S.66

74) Gesetz, S.33

75) System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905,S.43; vgl. auch S.54

76) Geist des römischen Rechts,III.Teil, 1877, S.329

77) Vgl. Pfenninger, a.a.O.,S.68

78) a.a.O., S.43

Objekt her, das in der Rechtsgemeinschaft als Gut angesehen wird. Von daher kann es auch nur objektiv bestimmt werden. Die Rechtsgemeinschaft kann nämlich, was die Formulierung von Georg Jellinek impliziert, nur dann ein subjektives Interesse als berechtigt anerkennen, wenn es ihr selber als Gut erscheint. Wir dürfen deshalb von einem "objektiven" Interesse sprechen, indem wir dem Einzelnen oder einer unbestimmten Allgemeinheit ein Interesse imputieren, das vielleicht tatsächlich nicht sein oder ihr Interesse ist, aber nach der Überzeugung der Rechtsgemeinschaft sein sollte[79]. Das "objektive" Interesse ist also immer ein "wohlverstandenes" oder ein "berechtigtes"Interesse. Das meint auch Leonhard[80], wenn er sagt: "Das Interesse jemandes ist bald dasjenige, was jemand sich wünscht, woran ihm etwas liegt (Interesse im subjektiven Sinn), bald dasjenige, was zu seinem Besten dient (Interesse im objektiven Sinn). Beide sind nicht identisch, Wunsch und Vorteil gehen oft nicht Hand in Hand".

Die Objektivierung der Interessen darf aber nicht zu der Ansicht verleiten, daß das Interesse dann nicht mehr ein solches von Individuen, sondern etwas hiervon Verschiedenes ist, wie Neumann[81] annimmt. Er sieht z.B. das Interesse der Landesverteidigung oder das Schiffahrtsinteresse als objektives öffentliches Interesse in dem Sinne an, daß es losgelöst ist von menschlichem Denken und Fühlen, also von den subjektiven Interessen[82]. Das gelte auch, wenn im öffentlichen Interesse Strafantrag gestellt oder eine Strafe festgesetzt werde[83]. Diese Auffassung, die in erster Linie einem ungenauen Sprachgebrauch zur Last fällt, verkennt, daß es sich bei dem Schiffahrts- und Landesverteidigungsinteresse um nichts anderes handelt, als um

---

79) Pfenninger, a.a.O. S.67
80) Grünhut Z 10 (1883), S.26
81) Hirths Annalen, 1886,393
82) a.a.O.,S.366,370
83) a.a.O.,S.394

das Interesse von Individuen, hier einer größeren sozialen Gemeinschaft, an einer richtig organisierten Schiffahrt oder Landesverteidigung[84]. Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, an der Bestrafung und Strafvollstreckung ist ebenfalls nichts anderes als das Interesse der Rechtsgemeinschaft an der staatlichen Reaktion auf eine Straftat. Auch das Staatsinteresse bleibt ein subjektives Interesse der im Staatsverband zusammengeschlossenen Individuen[85].

Ein zufälliges, durch die jeweiligen Parteikonstellationen gebildetes Interesse ist noch kein öffentliches Interesse oder Staatsinteresse, denn nur ein solches, das die notwendigen Existenzbedingungen der Gemeinschaft objektiv berücksichtigt, kann als öffentliches Interesse oder Staatsinteresse von der Rechtsgemeinschaft anerkannt werden[86]. Wenn auch das öffentliche Interesse in einem staatlichen Willensprozeß einmal zur legislativen Entstehung kommen kann[87], ohne daß objektiv ein öffentliches Interesse als berechtigt anzuerkennen ist, so hat zwar das "wohlverstandene" öffentliche Interesse in der Regel dann dem "formellen" öffentlichen Interesse zu weichen, wenn dieses in bestimmten Normen eindeutig legislativ geregelt ist[88]; man darf daraus aber nicht schließen, daß das öf-

---

84) Pfenninger, a.a.O. S.68; vgl. auch Krüger, Diss.1932, S.28 ff., 30 f.

85) Vgl. Krüger, a.a.O. S.47 und die dort zitierte h.M., die Staats- und Gemeindeinteressen als identisch mit dem Begriff öffentliches Interesse ansieht und dieses als Interesse einer unbestimmten größeren Personenmenge definiert.

86) Vgl. Pfenninger, a.a.O. S.72

87) Dagegen kann durch eine Behörde niemals ein öffentliches Interesse konstituiert werden. Die Behörde ist immer nur "Vermittler organisierter Zweckverfolgung", die "man öffentliches Interesse nennt" (Johann,Diss. 1931, S.63,64).

88) Wenn dagegen in einer Norm der unbestimmte Begriff "öffentliches Interesse" als Tatbestandsmerkmal erscheint,so verweist er stets auf das "wohlverstandene" öffentliche Interesse.

fentliche Interesse zu seiner Entstehung stets staatlicher Anerkennung bedürfe[89]. Das "formelle" öffentliche Interesse ist überdies bei einer demokratischen staatlichen Willensbildung mit hoher Wahrscheinlichkeit identisch mit dem "wohlverstandenen" öffentlichen Interesse. Dennoch darf man in einer Demokratie das öffentliche Interesse nicht allein unter dem Blickwinkel der Mehrheit von tatsächlichen Interessen sehen[90]. Die Ansicht von Bredt[91], das öffentliche Interesse sei dem Staatszweck gleichzusetzen[92], gilt auch für einen durch demokratische Willensbildung entstandenen Staatszweck nur mit der Einschränkung, daß der Staatszweck mit dem "wohlverstandenen" öffentlichen Interesse identisch ist. Die mögliche Diskrepanz zwischen Staatszweck und berechtigtem öffentlichen Interesse hat auch offenbar Merkl[93] im Auge, wenn er sagt: "Nicht jegliches öffentliches Interesse wird zum Staatszweck, und es liegt auch nicht alles im öffentlichen Interesse, was der Staat bezweckt". Ein berechtigtes öffentliches Interesse harmoniert aber mit dem wohlverstandenen Staatsinteresse, d.h. es liegt dann auch im öffentlichen Interesse, was der Staat bezweckt.

In der Formulierung von Merkl kommt noch ein anderer wesentlicher Gesichtspunkt zum Ausdruck: Das öffentliche Interesse braucht nicht immer mit dem Staatsinteresse identisch zu sein. Das darf aber nur so verstanden werden, daß das öffentliche Interesse sich naturgemäß auf nähere und fernere Zwecke richten kann. Das Interesse an der Sicher-

---

89) So z.B. Haller, WürttRpflZ 1927,S.34 ff., der meint, anderenfalls könne man nur von Privatinteressen sprechen; vgl. dazu die Kritik bei Krüger, Diss.1932, S.52 ff.

90) Dies tut einseitig Dürig in seiner Dissertation von 1949.

91) Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen, 1909, S.34 ff.

92) a.a.O. S.125, Bredt meint deshalb zu Unrecht, es müsse festgestellt werden, wie weit der gegenwärtige Staatszweck reiche,dann wisse man auch,was öffentliches Interesse sei; vgl. dazu die Kritik bei Krüger,Diss.1932, S.35 ff.

heit im Straßenverkehr oder an der Reinerhaltung der Luft bezieht sich z.B. auf sehr naheliegende Zwecke. Außerdem können die öffentlichen Interessen je nach der Bedeutung der Zwecke für die Allgemeinheit einen größeren oder kleineren Umfang haben. Das Interesse an der Landesverteidigung dient z.B. viel umfangreicheren und ferneren Zwecken als das Interesse an der Reinerhaltung der Luft. Die näheren und ferneren Zwecke finden aber alle ihren Endzustand im Staatszweck. Die Tätigkeit der Polizei dient z.B. unmittelbar nur der Sicherheit im Strassenverkehr. Der entferntere Zweck ihrer Tätigkeit ist aber das Staatsinteresse. Wenn man also nur die näheren Zwecke durch den Begriff "öffentliches Interesse" erfassen lassen will, so muß man in Abwandlung zu Merkl sagen: Ein berechtigtes öffentliches Interesse wird immer zum wohlverstandenen Staatsinteresse. Der Begriff "öffentliches Interesse" wird aber meist sowohl im engeren Sinn, wie auch im weiteren Sinne eines Staatsinteresses verstanden, ja er kann im weitesten Sinn ein überstaatliches Interesse, z.B. ein europäisches Interesse, bedeuten. Wird das fernerliegende Staatsinteresse nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch ein naheliegendes öffentliches Interesse z.B. an der Sicherheit im Straßenverkehr, begründet, so kann man deshalb vom Staatsinteresse als einem mittelbaren öffentlichen Interesse sprechen. Wenn der Begriff "öffentliches Interesse" allerdings in einer Rechtsnorm Verwendung findet, so bezieht er sich in der Regel nur auf näher gelegene und nächstgelegene Zwecke, so daß der Blick auf die ferneren Zwecke höchstens ganz allgemeine Richtlinien für die Auslegung des öffentlichen Interesses geben kann.

Die Unterscheidung von näheren und entfernteren Zwecken, auf die sich das öffentliche Interesse beziehen kann, führt

---

93) Verw.Arch.27 (1919), S.274

notwendig zur Unterscheidung einer geringeren und größeren Anzahl von Interessenträgern, die das öffentliche Interesse bestimmen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof definiert das öffentliche Interesse als "das Interesse einer unbestimmten Allgemeinheit von Personen"[94]. Dürig[95] glaubt, weiter differenzieren zu müssen und bezeichnet das öffentliche Interesse als "das Interesse eines unbestimmten Teiles der Allgemeinheit, also eines nicht geschlossenen, jedermann jederzeit ohne Schwierigkeiten zugänglichen Personenkreises". So hat auch der BGH in seinem Urteil vom 19.6.1958[96] die "Öffentlichkeit" offenbar schon in einem örtlich beschränkteren Kreis gesehen, wenn er darauf abstellt, ob der Geheimnisbruch des Lehrers "bekannt geworden" und dadurch "das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Schulverwaltung" erschüttert worden ist[97]. Die "unbestimmte Allgemeinheit von Personen" umfaßt aber einen "unbestimmten Teil dieser Allgemeinheit" ebenso,wie es die Rechtsgemeinschaft als "Gesamtheit aller Bürger" mit einschließt. Nur aus dem letzteren Grunde kann die Definition des Bayerischen VGH als richtig angesehen werden.

Dürig stellt nämlich einseitig nur auf die tatsächlichen Interessen der Mehrheit ab. Er könnte daher ein Einzelinteresse eigentlich nicht zugleich als öffentliches Interesse anerkennen. Es kommt aber nicht allein auf die tatsächlichen Interessen an, sei es die einer "unbestimmten Allgemeinheit von Personen", sei es die eines Einzelnen, sondern darauf, daß die Rechtsgemeinschaft diese tatsächlichen Interessen als berechtigt anerkennt. Walter Jellinek[98] sagt daher mit Recht: "Die Gesamtheit braucht sich die Interessen des einzelnen oder einer Gruppe nicht zu eigen zu ma-

---

94) BayVGHE I 1,S.5
95) JZ 53,537; vgl. auch seine Diss.1949, S.108
96) NJW 1958, 1403
97) Vgl. oben S. 8 Anm.14
98) Gesetz, S.70/71

chen, es genügt, daß sie sie als berechtigt anerkennt. Daher gibt es auch öffentliche Interessen, die nicht Interessen der Gesamtheit sind". Wenn also oben gesagt wurde, man müsse zwischen einer größeren und geringeren Anzahl von Interessenträgern entsprechend den näheren und ferneren Zwecken des öffentlichen Interesses unterscheiden, so soll dies nichts weiter sagen, als daß bei den näheren Zwecken die Zahl der tatsächlichen Interessen, die Anerkennung finden, geringer ist als bei den ferneren Zwecken, wo die Mehrheit aller Bürger ein tatsächliches Interesse, z.B. an der Landesverteidigung, hat. Das "wohlverstandene" öffentliche Interesse ist aber immer ein Interesse der gesamten Rechtsgemeinschaft, d.h. das Interesse des Einzelnen oder einer "unbestimmten Allgemeinheit" liegt dann im objektiven Interesse aller. Walter Jellinek[99] drückt das so aus: "Nicht jedes tatsächliche Interesse ist ein berechtigtes Interesse, sondern nur ein solches ist es, das standhält vor dem kritischen Blick der Gesamtheit". So mag im Falle des § 353b StGB eine unbestimmte Vielzahl von Personen tatsächlich ein Interesse daran haben, daß ein Lehrer einem Prüfling nicht das Thema der Nacherzählung vor der Aufnahmeprüfung in die höhere Schule mitteilt. Die Rechtsordnung erkennt aber dieses Interesse nicht als berechtigt im Sinne eines wichtigen öffentlichen Interesses an, denn der Schutzzweck des § 353b StGB umfaßt nicht mehr dieses tatsächliche Interesse, wie wir gesehen haben.

Es kommt daher, wenn wir ein öffentliches Interesse konstatieren, weder auf die territoriale Verbundenheit der unbestimmten Allgemeinheit von Personen an, wie Leuthold[100] meint, noch darauf, ob diese Allgemeinheit in öffentlich rechtlichen Körperschaften organisiert ist[101]. Auch Klas-

---

99) Gesetz, S.70

100) Hirths Annalen, 1884, S.329 ff., 331; vgl. die Kritik hierzu bei Krüger, Diss.1932, S.40

101) Ausdrücklich gegen die Auffassung, öffentliches

seninteressen wie Berufs-, Standes- und Gewerbeinteressen, die man als Privatinteressen bezeichnet hat, da sie einer geschlossenen Gruppe eigen sind[102], können, im Lichte der Allgemeinheit betrachtet, auch als berechtigte öffentliche Interessen erscheinen, gleichgültig, ob die Allgemeinheit sich diese Interessen zu eigen macht[103], oder ob sie sie nur als berechtigt anerkennt[104]. Schließlich können auch Einzelinteressen von der Rechtsgemeinschaft als berechtigt anerkannt werden, wenn sie auch dadurch meist nicht zum öffentlichen Interesse werden, sondern ihre Durchsetzung nur im öffentlichen Interesse liegt.

Diese Auffassung vom öffentlichen Interesse sieht das Gemeininteresse nicht bloß als ein "mechanisches Gemenge von Einzelinteressen", sondern als eine "von der Eigenart der Bestandteile unabhängige chemische Verbindung" an[105]. Die Lehre von der Interessenharmonie[106] erkennt demgegenüber nur das öffentliche Interesse als Summe von Privatinteressen an. Die Zwecke und Existenzbedingungen der Allgemeinheit können aber in einem erklärten Gegensatz zu den objektiv richtigen Zwecken des Einzelnen stehen. Dann muß das Interesse des Einzelnen dem Interesse der Gemeinschaft weichen, wenn dieses höher anzusetzen ist. Die militärische Dienstpflicht kann z.B. bis zur Vernichtung des Indi-

---

Interesse sei nur das Interesse einer organisierten Gesamtheit:
RG v.17.1.1898 und OLG Hamburg v.23.5.1908 (Hans.GZ. Beibl.1898, S.95 f. u.1909,S.20), beide Entscheidungen zitiert nach W.Jellinek, Gesetz S.71, Anm.9

102) Vgl. dazu Krüger, a.a.O. S.41
103) a.A. Krüger, a.a.O. S.41
104) offenbar auch Braun, Diss.1958, S.9
105) Pfenninger, SchwZSt.31 (1918), S.69
106) In Deutschland wurde diese Lehre z.B. von Leuthold, Hirths Annalen, 1884, S.321 ff.,329 vertreten; vgl. hierzu die Kritik bei Krüger, a.a.O. S.44 f.; vgl. auch Pfenninger, a.a.O.S.69 f., der sich mit der älteren Literatur auseinandersetzt.

viduums führen, sie ist aber notwendig im öffentlichen Interesse der Landesverteidigung. Man hat daher zu Recht die Lehre von der Interessenharmonie abgelehnt, indem man weiterhin noch darauf hinwies, daß das öffentliche Interesse auch das Interesse der noch ungeborenen Generation zu wahren hat, was sich insbesondere in der Sozialgesetzgebung äußere[107].

Im Strafprozeßrecht wird insbesondere deutlich, daß die Lehre von der Interessenharmonie nicht richtig sein kann. Hier ergeben sich für das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung Spannungen in bezug auf das Interesse des Verletzten. Es lassen sich dabei fünf Möglichkeiten der Einflußnahme des Einzelinteresses auf das öffentliche Interesse unterscheiden.

1. Das Interesse des Verletzten an der Strafverfolgung wird von der Rechtsgemeinschaft als berechtigt anerkannt, ohne daß es zu einem öffentlichen Interesse wird. Das ist der Fall bei den Privatklagedelikten. Hier hat der Verletzte ein Klagerecht und in dem Raum zwischen Geringfügigkeit der Schuld (§ 383 Abs.2 S.1 StPO) und Erheblichkeit der Tat (§ 376 StPO) ein alleiniges Genugtuungsrecht, weil die Allgemeinheit das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten als berechtigt anerkennt, ohne aber dieses Interesse zu ihrem eigenen zu machen und damit selbst durch das Organ der Staatsanwaltschaft Anklage zu erheben.

2. Das Interesse des Verletzten an der Strafverfolgung wird von der Rechtsgemeinschaft als berechtigt anerkannt und als eigenes übernommen. Das ist der Fall des § 153 Abs.1 und 2 StPO, wenn die Folgen der Tat den Verletzten derart treffen, daß die Allgemeinheit eine staatliche Reaktion auf die Straftat verlangt, auch wenn die Schuld des

---

107) Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S.68 ff.; Pfenninger, a.a.O. S.72

Täters als gering anzusehen ist. Sind die Folgen der Tat nur für den individuellen Verletzten von Bedeutung, was schon ein geringer Schaden bei einem unbemittelten Verletzten zu bewirken vermag, so kann man hier von einem mittelbaren öffentlichen Interesse an der Verfolgung sprechen, sofern nur durch diesen Umstand eine staatliche Verfolgungspflicht entsteht. Sind dagegen die Folgen der Tat für einen wohlhabenden Verletzten unbedeutend, aber auf Grund der objektiven Schadenshöhe für die Allgemeinheit von Bedeutung, so entsteht hier unmittelbar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung. Bei Offizialdelikten gebietet das öffentliche Interesse schon dann eine Anklageerhebung, wenn die Folgen der Tat nicht mehr als unbedeutend anzusehen sind. Bei Privatklagedelikten müssen dagegen die Folgen der Tat bedeutend sein. Nur dann macht sich die Rechtsgemeinschaft das Interesse des Verletzten an der Verfolgung des Täters nach der gesetzlichen Regelung des § 376 StPO zu eigen und läßt durch die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage erheben.

3. Es besteht kein Interesse des Verletzten, aber dafür unmittelbar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung des Täters[108]. Eine Rücksichtnahme auf das Einzelinteresse erübrigt sich daher hier für den Strafprozeßgesetzgeber.

4. Das Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung des Täters steht dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung entgegen, und die Allgemeinheit erkennt das Einzelinteresse als vorrangig an. Das ist der Fall bei den Antragsdelikten, die keine Privatklagedelikte sind. Hier steht es im Belieben des Verletzten, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zur Geltung kommen zu lassen, indem er Strafantrag stellt.

5. Das Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung

---

108) Die Fälle, wo überhaupt kein Einzelinteresse durch die Straftat verletzt ist, gehören hier nicht in diese Betrachtungsweise.

des Täters steht dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung entgegen, aber die Allgemeinheit sieht das öffentliche Interesse gegenüber einem berechtigten Einzelinteresse als vorrangig an. Das ist der Fall bei den Offizialdelikten, die keine Antragsdelikte sind. Auch bei den Offizialdelikten, die nicht als geringfügig anzusehen sind (§ 153 Abs.1 und 2 StPO), sowie bei den "bedeutenden" Privatklagedelikten (§ 376 StPO) wird ein der Verfolgung entgegenstehendes Privatinteresse des Verletzten von der Rechtsgemeinschaft nicht berücksichtigt.

Die Aufzählung dieser fünf Möglichkeiten des Spannungsverhältnisses zwischen dem Einzelinteresse und dem öffentlichen Interesse läßt ein weiteres erkennen. Der Gesetzgeber hat bei den Antragsdelikten, die keine Privatklagedelikte sind, generell entschieden, daß das Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung des Täters stets dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung vorzugehen hat, wenn der Verletzte keinen Strafantrag stellt. Selbst wenn der Verletzte übersieht, rechtzeitig Strafantrag zu stellen, ist durch die Entscheidung des Gesetzes auch in diesem Fall das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zurückgestellt. Der Gesetzgeber hat hier weder der Staatsanwaltschaft noch dem Gericht eine Entscheidung überlassen, ob im Einzelfall das öffentliche Interesse das Privatinteresse überwiegt. Diese Fragestellung kann nur dort auftauchen, wo der Gesetzgeber den Begriff "öffentliches Interesse" in einer Norm verwendet und damit diese Abwägung dem Rechtsanwender in die Hand gibt. Der Begriff "öffentliches Interesse" ermächtigt aber nicht immer notwendig zum Abwägen eines Einzelinteresses gegenüber dem öffentlichen Interesse. Wie schon angedeutet wurde und im zweiten Kapitel dieser Arbeit zu zeigen ist, hat bei der Frage, ob ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gemäß §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO gegeben ist, das Interesse des Verletzten nur in dem Umfange Berücksichtigung zu finden, als die

Folgen der Tat den Verletzten derart treffen können, daß hierdurch mittelbar ein öffentliches Interesse an der Verfolgung des Täters entsteht. Hieraus ist aber schon zu ersehen, daß dann das Einzelinteresse nicht gegen das öffentliche Interesse abzuwägen ist, sondern dieses erst zur Entstehung bringt. Diese Feststellung ist bedeutsam, weil sich bei der Abwägung eines Einzelinteresses gegen ein öffentliches Interesse eine Unsicherheitsrelation ergibt.

Die eigentliche Unsicherheit entsteht aber durch den Umstand, daß der Begriff "öffentliches Interesse" sich meist auf mehrere öffentliche Zwecke gleichzeitig richtet. Dies können Zwecke sein, die miteinander harmonieren und ferner gleichrangig sind, also auf einer Stufe stehen, wie dies z.B. bei den Zwecken der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung der Fall ist. Die Zwecke können aber auch einander entgegenstehen, wie z.B. bekanntermaßen das Interesse an der Rechtssicherheit dem Interesse an der Einzelfallgerechtigkeit widerstreiten kann. Liegen die einzelnen Zwecke vollends noch auf verschiedenen Ebenen, d.h. ist das öffentliche Interesse, wie es durch Auslegung einer Norm zu ermitteln ist, gleichzeitig unmittelbar auf nähere und fernere Zwecke gerichtet, so wird theoretisch der Raum für eine Wahlentscheidung noch größer. Das bedeutet aber noch nicht, daß der Begriff "öffentliches Interesse" in diesen Fällen schon ohne weiteres eine Ermessensermächtigung gewährt. Es muß vielmehr noch ein wichtiges Moment hinzutreten. Die widerstreitenden Zwecke, oder die harmonierenden, aber ungleichrangigen Zwecke, müssen im Hinblick auf den Endzweck, das öffentliche Interesse, wie es nach dem Sinn des Gesetzes zu ermitteln ist, als "gleichwertig" angesehen werden können. Anderenfalls ist unter ihnen eine eindeutige Abwägung im Hinblick auf den Endzweck, das öffentliche Interesse, vorzunehmen.

Die Abwägung eines Einzelinteresses gegen das öffentliche

Interesse kann daher auch nur dann zu einer Wahlmöglichkeit berechtigen, wenn verschiedene Zwecke, die nicht harmonieren und auf einer Stufe stehen, im Hinblick auf den Endzweck, das öffentliche Interesse, als gleichwertig anerkannt werden müssen. Erscheint aber in einer Norm der Begriff "überwiegende öffentliche Interessen", und meint dieser Begriff eine Abwägung gegenüber privaten Interessen, so ist stets nur der höchstrangige Zweck gegenüber einem Einzelinteresse als vorrangig anzusehen, da offenbar nach dem Willen des Gesetzes ein privates Interesse nur dann dem öffentlichen Interesse weichen soll, wenn dieses auch innerhalb der verschiedenen möglichen Zwecke "überwiegt". Geringere öffentliche Zwecke können daher hier nicht als berechtigte öffentliche Zwecke anerkannt werden. Dadurch entsteht kein Gefälle zwischen mehreren gleichwertigen Zwecken. Es kann und muß daher eindeutig entschieden werden, ob der höchstrangige Zweck des öffentlichen Interesses das private Interesse im Einzelfall "überwiegt". Deshalb rechnet auch z.B. Schmidt-Brücken[109] den Begriff "überwiegende öffentliche Interessen" zu den unbestimmten Rechtsbegriffen im Gegensatz zu dem einfachen Begriff "öffentliches Interesse", den er immer für einen Ermessensbegriff hält. Der Begriff "überwiegende öffentliche Interessen" kann aber auch eine Abwägung gegenüber anderen öffentlichen Interessen meinen. Dies ist z.B. der Fall bei der Klausel, daß die Verfolgung von bestimmten Staatsschutzdelikten unterbleiben kann, wenn "überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen"[110].
Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung soll hier einem anderen "überwiegenden" öffentlichen Interesse, das nur politischer Natur sein kann, weichen. Hier können geringere oder schwerwiegendere, nähere oder fernere politi-

---

109) DÖV 1949,43

110) Zur Lockerung des Verfolgungszwangs bei Staatsschutzdelikten vgl. Lüttger, JZ 1964,569 ff.,573 f.

sche Zwecke als "überwiegend" angesehen werden. Insbesondere werden politische Zwecke oft zueinander in Gegensatz stehen. Sie können aber nicht in bezug auf das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung eindeutig abgewogen werden, da nicht dieses der Endzweck ist, sondern unmittelbar das Staatsinteresse, das hier politischer Opportunität anheimgestellt ist. Die Abwägung, ob überwiegende öffentliche Interessen der Verfolgung von Staatsschutzdelikten entgegenstehen, ist demnach eine Ermessensentscheidung.

Wie schon angedeutet wurde, wird das Problem der Auswahl oder eindeutigen Abwägung von verschiedenen Zwecken dann nicht akut, wenn die verschiedenen zulässigen Zwecke miteinander harmonieren und auf einer Stufe stehen. Man wählt dann mit dem einen Zweck gleichzeitig immer auch die anderen Zwecke, d.h. es findet keine echte Auswahl statt, und es kann sich daher nicht um eine Ermessensentscheidung handeln. Wie im zweiten Kapitel dieser Arbeit zu zeigen versucht wird, ist dies genau der Fall bei dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung, wie es in den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB gesetzlich normiert ist.

Die Betrachtung der verschiedenen Zwecke, auf die sich das öffentliche Interesse beziehen kann, führt zu der weiteren Erkenntnis, daß der Begriff "öffentliches Interesse" um so ungewisser wird, je umfangreichere und entferntere Zwecke er unmittelbar anspricht. So ist der Begriff "öffentliches Interesse", der in einer Norm unmittelbar die Bedeutung eines Staatsinteresses hat, zu unbestimmt, als daß er nur eine Entscheidung als richtig erscheinen lassen würde[111]. Das öffentliche Interesse als Staatsinteresse kann nur der politischen, legislativen oder admi-

---

111) Vgl. Dürig, JZ 1953,535

nistrativen Opportunität anheimgegeben sein[112]. Der Begriff "öffentliches Interesse" ermöglicht also nur dann eine eindeutige Subsumtion, wenn er sich unmittelbar nur auf nahe und eingeschränkte Zwecke bezieht[113]. Diese Einschränkung muß durch die Begrenzung des Interessenobjektes erfolgen. Das bedeutet: die Gesetzesnorm, in der der Begriff "öffentliches Interesse" enthalten ist, muß das Interesseobjekt in hinreichender Weise bestimmen. Eine Strafnorm, die lautet: "Handlungen, die das öffentliche Interesse verletzen, werden mit Gefängnis bestraft", würde das Interesseobjekt nicht hinreichend begrenzen. Eine Vielfalt von Zwecken wäre hier gleichzeitig unmittelbar mit dem Tätbestandsmerkmal "öffentliches Interesse" angesprochen, so daß der Richter unter ihnen eine Auswahl nach seinem Ermessen, sogar nach seiner Willkür treffen könnte. Eine solche Norm wäre wegen des Verfassungsgebotes der gesetzlichen Bestimmtheit eines Straftatbestandes (Art.103 Abs.2 GG) zweifellos verfassungswidrig[114]. Dagegen bezieht sich der Begriff "öffentliches Interesse" in § 353b StGB nur auf die Geheimhaltung von Amtsgeheimnissen. Das öffentliche Interesse wird hier durch das Interessenobjekt auf Zwecke der Sicherheit beschränkt, wozu auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Zuverlässigkeit einer Behörde gehört[115]. Ob das konkrete Amtsgeheimnis "wichtige öffentliche Interessen" schützt, d.h. ob seine Geheimhaltung von der erforderlichen Bedeutung für die Allgemeinheit ist, kann daher objektiv eindeutig

---

112) Hier ist der Bereich der "freien" Verwaltungstätigkeit. Ob diese allerdings mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist, wird lebhaft bestritten, vgl. Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964,S.14 ff. und die dort zitierten Autoren.

113) Vgl. Johann, Diss.1931, S.64 ff.

114) Vgl. BayVerfGHE II 4,190; hier wurde der Tatbestand: "Wer gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wird bestraft", als zu unbestimmt angesehen und damit für verfassungswidrig erklärt.

115) Vgl. BGH NJW 1958, 1404

nach den gesellschaftlichen Anschauungen entschieden werden. Ist also durch eine Norm das Interessenobjekt hinreichend begrenzt, so gilt der Satz von Walter Jellinek[116]: "Was öffentliches Interesse ist, läßt sich nach gesellschaftlichen Anschauungen frei von subjektivem Ermessen feststellen".

Der Begriff "öffentliches Interesse" in den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB erfüllt ebenfalls die Mindestanforderung an die objektive Bestimmbarkeit des öffentlichen Interesses. Das "öffentliche Interesse" bezieht sich in den genannten Normen jeweils nur auf die Strafverfolgung eines bestimmten Täters wegen eines konkreten Deliktes. Die mit dem öffentlichen Interesse angesprochenen Zwecke sind hier also auf Zwecke der Strafverfolgung beschränkt. Ob allerdings das Interesse der Allgemeinheit an der staatlichen Reaktion auf eine bestimmte Straftat objektiv eindeutig bestimmt werden muß, oder ob doch eine echte Wahl unter verschiedenen Zwecken der Strafverfolgung getroffen werden kann, ist an dieser Stelle noch nicht zu entscheiden.

Je mehr eine Norm mit ihrem "Kontext" den Begriff "öffentliches Interesse" auf bestimmte zulässige Zwecke beschränkt, d.h. auch die erforderliche Ranghöhe der Zwecke angibt, desto leichter ist der Begriff "öffentliches Interesse" objektiv eindeutig bestimmbar[117]. Zum Beispiel können in einer Norm "einfache", "wichtige", "dringende", "erhebliche" oder"überwiegende" öffentliche Interessen ausdrücklich angesprochen sein. Ferner können sie "berührt", "beeinträchtigt", "gefährdet" sein oder "entgegenstehen". In der Regel gibt dieser Kontext schon einen entscheidenden Hinweis

---

116) Verwaltungsrecht, S.33

117) Vgl. Müller-Tochtermann, SchlHA 1962,159; "Durch den Kontext wird die generelle Unbestimmtheit der Wörter im jeweiligen Einzelfall konkretisiert und in Bestimmtheit verwandelt".

für die Beantwortung der Frage, ob dem Rechtsanwender eine Auswahl unter den verschiedenen Zwecken gestattet ist, oder ob er eine eindeutige Abwägung treffen muß. Das "überwiegende" öffentliche Interesse muß sogar, wie oben gezeigt wurde, stets als unbestimmter Rechtsbegriff angesehen werden, soweit es eine Abwägung gegenüber einem entgegenstehenden Privatinteresse meint.

Wegen der Vielfalt der möglichen Objektbeziehungen kann der Begriff "öffentliches Interesse" nicht einheitlich für eine Reihe von Gesetzesnormen ausgelegt werden, wie dies z.B. bei den eigenständigen Begriffen "gute Sitten" und "unzüchtig" möglich ist. Als "Relationsbegriff der Intention"[118] bestimmt sich sein Inhalt und Umfang nur durch die Auslegungspraxis der jeweiligen Norm. Man muß aber ein allgemeines Begriffsmerkmal herausstellen, das eine einheitliche Anwendung des Begriffes "öffentliches Interesse" verbürgt, nämlich: die "Bedeutung" des Objektes für die Allgemeinheit[119]. Die Skala der"Bedeutung" reicht dabei je nach Auslegung der betreffenden Norm von "was in letzter Linie nicht gleichgültig ist für die Allgemeinheit"[120] bis zur außerordentlichen Bedeutung bei "erheblichen" oder "überwiegenden" öffentlichen Interessen. Dagegen läßt sich aus der Dauer kein allgemeines Begriffsmerkmal für das öffentliche Interesse ableiten.Die Dauer eines Einzel- oder eines allgemeinen tatsächlichen Interesses ist höchstens eine Vermutung für das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses[121].

---

118) Vgl. Hoffmeister, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 1955,S.122, Stichwort: Beziehung

119) a.A. Krüger, Diss.1932,S.42, der vom tatsächlichen öffentlichen Interesse ausgeht, aber doch zutreffend die "Bedeutung" des Interesses "für die Frage seiner Berechtigung und Anerkennung durch die zuständige Behörde" als von Belang ansieht.

120) W.Jellinek, Gesetz, S.69
Das ist also der niedrigste Rang für eine Zweckreihe des öffentlichen Interesses,weshalb W.Jellinek das

Durch die veränderten Bedürfnisse und auch durch die wechselnden Anschauungen der Gesellschaft[122] kann, was gestern noch als öffentliches Interesse angesehen werden mußte, heute schon nicht mehr unter den Begriff zu subsumieren sein. Ebenso mag es umgekehrt sein. So hat das OVG Hamburg in seinem Urteil vom 12.5.1953[123] anerkannt, daß "die Behörde ... mit Rücksicht darauf, daß die Zahl der Zigarettenautomaten in einem Hamburger Bezirk zugenommen hat", "unter Änderung ihrer früheren Behördenpraxis" "das 'öffentliche Interesse' an der Erteilung von Frühhandelserlaubnissen für Tabakhandel (nunmehr) verneinen" kann. Die Relationseigenschaft des Begriffes "öffentliches Interesse" macht es also auch möglich, das Gesetz an die wechselnden Lebensnotwendigkeiten anzupassen. Wo der Gesetzgeber auf die jeweiligen Verhältnisse abstellen will, erweist sich der Begriff "öffentliches Interesse" somit als willkommenes Ausdrucksmittel der Gesetzgebung.

Die Flexibilität des Begriffes "öffentliches Interesse" kann aber unter dem Gesichtspunkt, daß der Bürger Eingriffe in seine Rechtssphäre voraussehen und berechnen können muß, zu rechtsstaatlichen Bedenken Anlaß geben. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt aber keine großen Anforderungen an die Voraussehbarkeit bei einem unbestimmten Rechtsbegriff. Danach ist es nicht erforderlich, daß der Bürger mit Sicherheit im voraus wissen muß, welche eventuell eintretenden künftigen Sachverhalte unter einen

---

öffentliche Interesse in dieser Bedeutung offenbar immer als unbestimmten Rechtsbegriff ansieht.

121) Vgl. Krüger, Diss.1932, S.43

122) Die Verwaltung hat sich ununterbrochen diesen Veränderungen anzupassen, vgl. Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, Festgabe für Paul Laband,II. 1908, S.5 ff.

123) Verw.Rspr. 6,101

unbestimmten Rechtsbegriff fallen[124]. Im Beschluß vom 23.10.1958[125] über das Preisgesetz hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, daß der Gesetzgeber zuweilen auf die Verwendung allgemeinerer Formeln nicht verzichten kann. Im Beschluß vom 3.2.1959[126] über die Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs.2 des Gesetzes gegen unbegründete Nichtausnutzung von Einfuhrgenehmigungen[127] hat das Gericht festgestellt, daß der Gesetzgeber angesichts der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse gar nicht in der Lage war, "durch generelle Umschreibung oder gar durch Einzelaufzählung aller möglichen Fälle genau zu bestimmen,wann eine Nichtausnutzung (von Einfuhrgenehmigungen) 'nicht zu vertreten' ist"[128]. Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 25.5.1962[129] über das Branntweingesetz eingeräumt, daß der Gesetzgeber die Dinge nicht noch mehr präzisieren konnte. Offenbar sieht das Verfassungsgericht also nur dann einen Verstoß gegen das Erfordernis der Voraussehbarkeit an, "wenn der Gesetzgeber seine Möglichkeiten, durch exakte Formulierungen die Voraussehbarkeit zu erhöhen, nicht voll ausgeschöpft hat"[130]. So hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 27.11. 1962[131] den § 6 Abs.2 des Umsatzsteuergesetzes für nicht hinreichend bestimmt gehalten, weil der Gesetzgeber bei dem Abstellen auf einen Durchschnittswert den dafür maßgeblichen Zeitpunkt hätte angeben und außerdem beim

---

124) Vgl. Börner, Ermessen und Energiewirtschaftsgesetz, 1965, S.17 ff.

125) BVerfGE 8,210 (211)

126) BVerfGE 9,137 (151)

127) Gesetz vom 27.12.1951, BGBl I S.1005

128) Das "Nicht-zu-vertreten-haben" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, wie das BVerfG a.a.O. ausdrücklich feststellt.

129) BVerfGE 14,115

130) So Börner, a.a.O., S.18

131) BVerfGE 15,153 (160 f.,164)

Durchschnittswert hätte sagen können, welche Gegenstände zu einer Gruppe zusammengefaßt werden dürften .

Angesichts dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf man für den Begriff des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung feststellen: Wenn der Gesetzgeber offenbar nicht jedes geringe Delikt verfolgt sehen will, sondern dies von dem jeweiligen Bedürfnis der Gesellschaft nach Schutz und Vergeltung abhängig machen möchte, so konnte er dies nicht besser ausdrücken als mit dem Begriff des öffentlichen Interesses, der, wie wir gesehen haben, gerade auf die wechselnden Lebensnotwendigkeiten Bezug nimmt[132]. Der Begriff des "öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" genügt also vollauf den rechtsstaatlichen Anforderungen an einen unbestimmten Rechtsbegriff. Damit ist aber nicht der Entscheidung vorgegriffen, daß der Begriff "öffentliches Interesse" in den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, 232 Abs.1 StGB tatsächlich als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen ist.

---

132) Diese Feststellung ist insbesondere bedeutsam für die Fälle, wo die "Häufigkeit gleichartiger Delikte" das öffentliche Interesse an der Verfolgung einer sonst geringfügigen Tat begründet.

III.

Das "öffentliche Interesse" unter dem Blickwinkel der Lehre von den unbestimmten Begriffen als unbestimmten Rechtsbegriffen

Die zweite extreme Meinung, ein unbestimmter Gesetzesbegriff könne niemals eine Ermächtigung zu einer Ermessensentscheidung gewähren, geht von dem Rechtsstaatsprinzip aus und identifiziert es fälschlich mit dem Legalitätsprinzip[133]. Dem liegt das ursprüngliche Denkmodell Montesquieu's von einer strengen Gewaltentrennung zugrunde[134], wonach die "Rechtsetzung" ausschließlich der Gesetzgebung vorbehalten ist, "während Rechtsprechung und Verwaltung lediglich Anwendung des vor ihnen fertigen Rechts mittels logischer Ableitungen sind"[135] [136]. Gegen diesen Gesetzespositivismus hat man jedoch wiederholt

---

133) Schon Tezner hat die Lehre von den "vagen Kategorien" als Sitz des Ermessens von Bernatzik und v.Laun als "rechtsstaatsfeindlich" bezeichnet (Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924,S.16); vgl. später ebenso Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955,S.328 ff.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art.20, Erl.91 cc).

134) Demgegenüber betont das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 27.4.1959, BVerfGE 9,268(279), der Sinn der Gewaltenteilung liege "nicht darin, daß die Funktionen der Staatsgewalt scharf getrennt werden, sondern daß die Organe der Legislative, Exekutive und Justiz sich gegenseitig kontrollieren und begrenzen, damit die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des einzelnen geschützt wird".
Zu Montesquieu vgl. Kaufmann, Festschrift für Erik Wolf, 1962, S.377.

135) Arndt, NJW 1963,1279.
Nach Montesquieu ist der Richter nur: "la bouche qui prononce les paroles de la loi".

136) Folgerichtig daher Lendi, Diss.1958,S.133 ff., der in jeder Ermessensfreiheit eine Verletzung der Gewaltentrennung erblickt, dennoch aber bei Kann- und Darf - Vorschriften eine Ermessensfreiheit gelten läßt, weil sie "zur Wahrung der Rechtsgleichheit", d.i. die Gerechtigkeit des Einzelfalles, bestimmt ist und daher

nachdrücklich betont, daß die Vollziehung des Gesetzes "keineswegs eine bloß intellektuelle Auffindung festgelegter Lösungen, sondern mehr oder weniger schöpferisch ist"[137]. Dies gilt nicht nur in Ausnahmefällen, wie z.B. im Falle der Lückenergänzung[138]. Jede konkrete Rechtsentscheidung stellt, indem sie die "Natur der Sache" wertend unter eine abstrakte Norm bringt, "ein Mehr gegenüber der Leistung des Gesetzgebers" dar[139], sie ist "ein Stück punktueller Rechtsfortbildung"[140]. Adolf Arndt spricht insofern von der "Basisfunktion" des Gesetzes. Das Gesetz gibt uns "durch den wertenden Einbezug von Wirklichkeiten, auf die seine Worte hindeuten, Maßstäbe des Lebens an die Hand, die uns auf einen an der Gerechtigkeit orientierten Weg weisen können"[141]. Der

---

als "Teil des materiellen Rechtsstaates" angesehen werden muß;
vgl. auch Bettermann, in: Der Staat I,1962,S.83,der jede Wahlfreiheit im Bereich der hoheitlichen Verwaltung als mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar ansieht, aber dennoch Ermessen als "Eigenständigkeit der Wertung" anerkennt (a.a.O. S.85) vgl. hierzu oben S.10fund S.13 Anm.35 .

137) Scheuner, VerwArch 33 (1928),S.82; vgl. auch die dort angegebene Literatur; ebenso Engisch, Einführung, S.132; ders. Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963. Für die Lehre von den unbestimmten Begriffen als unbestimmten Rechtsbegriffen ist die Auffassung von Reuß, DVBl.1953,587 bezeichnend: "Denn was den unbestimmten Rechtsbegriff überhaupt zum Rechtsbegriff macht, ist die mit ihm vorgegebene Lösung, die nur 'gefunden' werden muß, also für den konkreten Fall als präexistent vorausgesetzt wird".

138) Vgl. Kaufmann, Festschrift für Erik Wolf, 1962,S.387; zur Lückenergänzung vgl. Engisch, Einführung,S.134 ff.

139) Kaufmann, a.a.O.,S.387

Insbesondere die objektive Auslegungsmethode ist nicht ohne die schöpferische Komponente der Auslegung denkbar, denn mittels der Fiktion, das Gesetz besitze einen objektivierten Willen, darf man sich nicht einreden, "im Gesetz sei bereits alles vorgedacht gewesen" (Arndt, NJW 1963, 1279).

140) Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 1958,S.7; vgl.auch Esser, Grundsatz und Norm,1956,S.242 ff.

141) Arndt, NJW 1963, 1279

Rechtsanwender hat also durch schöpferische Sinngebung das abstrakte Gesetz im konkreten Falle mit "Wahrheitsgehalt" auszufüllen. "Denn Recht sprechen heißt nicht einfach, das abstrakte Ordnungsschema des Gesetzes zur Geltung bringen, vielmehr: die in der jeweiligen geschichtlichen Situation richtige Ordnung finden"[142].

Das hat der Verfassungsgesetzgeber trefflich durch die Formulierung des Art.20 Abs.3 GG ausgedrückt, indem er die Rechtsprechung und die vollziehende Gewalt nicht nur an das"Gesetz", sondern auch an das "Recht" gebunden hat. Dieses "Recht" ist bei einer schöpferischen Gesetzesanwendung immer inbegriffen. Das bedeutet allerdings nicht, daß "Recht" und "Gesetz" identisch sind und folglich die Formulierung des Art.20 Abs.3 GG einen Redaktionsfehler darstellt, wie dies der Gesetzespositivismus behauptet[143]. Durch die Heraushebung des Wortes "Recht" neben dem "Gesetz" stehen uns vielmehr sinnfällig die beiden verschiedenen Komponenten des Gesetzesbegriffs und der Gesetzesanwendung vor Augen. Das ius cogens des Gesetzes hat die "Funktion der Positivität"[144], d.h. es gewährleistet den Rechtsfrieden, die Rechtssicherheit, es ermöglicht die "commutative oder behütende Gerechtigkeit" im Sinne der nikomachischen Ethik des Aristoteles[145] und hat in der Wissenschaft zur Ausbildung eines axiomatisch orientierten Systemdenkens geführt[146]. Dagegen gewährleistet

---

142) Kaufmann, a.a.O.,S.387/388
Der Bundesgerichtshof verlangt daher in seinem Beschluß v.23.4.1951 (NJW 1952,143) und seinem Urteil v.14.10.1959 (NJW 1959,2262), daß "die positiven Rechtsnormen von ihrem Grundgedanken her i.S. einer Anpassung an die berechtigten Bedürfnisse einer sich ständig wandelnden gesellschaftlichen Wirklichkeit ausgelegt werden".

143) Vgl. die Kritik zum Gesetzespositivismus bei Kaufmann,a.a.O.,S.358 ff.

144) Kaufmann, a.a.O.,S.386

145) Vgl. Arndt, NJW 1963, 1278

146) Vgl. Esser, Grundsatz und Norm, 1956, S.87 ff., 101 ff.

die andere Komponente des Gesetzes, der Aufruf zu einer schöpferischen Wahrheitsermittlung, die materielle Gerechtigkeit des Einzelfalles, oder, im Sinne der nikomachischen Ethik des Aristoteles, die "distributive oder neuschaffende Gerechtigkeit"[145]. Die Betonung dieser Komponente ist dem "Problemdenken" eigen[146]. Arndt bezeichnet diesen Unterschied der Betrachtungsweise als "kodifikatorische" und als "reformierende" Art gesetzgeberischen Denkens[147].

Auf Grund dieser Erwägungen darf man das Legalitätsprinzip dem ius cogens, dem "Gesetz" in Art.20 Abs.3 GG, und das Opportunitätsprinzip dem "Recht" in dieser Verfassungsnorm zuordnen. Beide Prinzipien, das Legalitätsprinzip und das Opportunitätsprinzip unterfallen also dem Rechtsstaatsprinzip und sind mit der Gewaltenteilung vereinbar[148]. Die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die das Legalitätsprinzip verkörpern, ist allerdings auch unter dem Gesichtspunkt des "Rechts" in Art.20 Abs.3 GG zu sehen. Die schöpferische Tätigkeit des Rechtsanwenders ist aber bei den unbestimmten Rechtsbegriffen auf die Aufsuchung der vom Gesetz für alle Fälle dieser Art intendierten gerechten Entscheidung beschränkt, während dem Rechtsanwender bei einer Ermessensermächtigung größere schöpferische Freiheit eingeräumt ist, indem er mangels gesetzlich bereits festgelegter Gerechtigkeitsintention selbst in einem Spielraum des Erkennens und Wollens ent-

---

147) NJW 1963, 1276

148) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.20, Randnr.91: "Es geht ja eben im Rechtsstaatsbegriff stets nicht nur um die Rechtssicherheit, sondern stets auch um die materielle Gerechtigkeit, die oft eben Einzelfallgerechtigkeit ist".
Dann darf man aber nicht mit Hans Huber,Festschrift für Giacometti, 1953,S.66,das Ermessen als "das trojanische Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts" bezeichnen, wie dies Maunz-Dürig a.a.O. tun.

scheiden darf, welches Ergebnis dem Einzelfall gerecht wird[149]. Die Betonung liegt also bei dem Ermessen auf der Einzelfallgerechtigkeit, während sie bei den unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Rechtssicherheit liegt. Deshalb ist die Zuordnung des Opportunitätsprinzips zum "Recht" und des Legalitätsprinzips zum "Gesetz" im Sinne des Art.20 Abs.3 GG gerechtfertigt.

Das Opportunitätsprinzip kann in einem Rechtsstaat seine Legitimation nur aus dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit erhalten. Es hat deshalb auch nur dort seine Berechtigung, wo der Gesetzgeber nicht generell abstrakt eine Entscheidung treffen kann, die die "Natur der Sache" erfordern würde. Insbesondere dort, wo verwaltet und Recht gestaltet wird, bleibt dem Gesetzgeber oft nichts anderes übrig, als eine Entscheidung in das pflichtmäßige Ermessen der sachnäheren Fachbehörde zu stellen, die dann alle Umstände, die sich einer abstrakten Regelung entziehen, zu berücksichtigen vermag. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 3.2.1959[150] ausgesprochen, daß das Rechtsstaatsprinzip geradezu das Opportunitätsprinzip[151] verlangt, um den Einzelnen vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt, die ein ausnahmsloses Legalitätsprinzip zwangsläufig mit sich bringen würde, zu schützen. Wie das Bundesverfassungsge-

---

149) Vgl.Klein, AöR 82 (1957), S.89,97, der in diesem Sinne das "subjektive Fürgerechthalten" beim verwaltungsrechtlichen Ermessen von dem lediglich "subjektiven Verständnis" der "objektiven, gesetzlich verwirklichten Gerechtigkeit" bei unbestimmten Rechtsbegriffen unterscheidet.

150) BVerfGE 9,137 (148)

151) Hier ist nur das Ermessensprinzip gemeint. Der Begriff Opportunitätsprinzip umfaßt im Verwaltungsrecht aber auch "den Raum völlig frei gestaltender Verwaltung" (Franz Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963,S.14), was allerdings umstritten ist.

richt[152] hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 18.8.1960[153] betont, daß die Ermessensfreiheit der Verwaltungsbehörden "ein legitimer Bestandteil der Rechtsordnung und der verfassungsmäßigen Ordnung" ist. Das Gesetz muß also aus rechtsstaatlichen Gründen nicht "immer" inhaltlich nur eine Entscheidung vorschreiben. Walter Jellinek[154] sagt: "Die Freiheit vom gesetzlichen 'Du sollst' kann also nicht das Wesen des freien Ermessens ausmachen, vielmehr kann nur die Freiheit vom Gesetzesinhalt gemeint sein. 'Du sollst' pflichtmäßig handeln, was aber 'pflichtmäßig' im einzelnen Falle bedeutet, das hast 'Du', die Verwaltungsbehörde, zu bestimmen". Diese pflichtmäßige Bestimmung erfolgt nicht allein auf Grund "metajuristischer", "nicht rechtlicher" Maßstäbe, wie offenbar Jesch[155] meint. Die Ermessenserwägungen, gleich welcher Art, sind vielmehr stets mit den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen zu messen und zu verknüpfen[156]. Zu diesen zählen z.B. die Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel, die relative Verbindlichkeit einer allgemeinen Verwaltungspraxis, d.h. die Beachtung des Gleichheitssatzes (Art.3 GG), sowie überhaupt alle Grundsätze, die die Grenzen des Ermessens abstecken[157].

---

152) a.a.O.; vgl. ebenso BVerfGE 8,274 (326), Beschl.vom 12.11.1958

153) BVerwGE 11,95(96), "Auch insoweit besteht allerdings die Schranke, daß der Wesensgehalt der Grundrechte - hier des Eigentums - unangetastet bleiben muß".

154) Verwaltungsrecht, S.30;
vgl. auch Scheuner, VerwArch 33(1928), S.83

156) Vgl. Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960,S.30 Anm.27;
Obermayer, NJW 1963, 1182 Anm.47

155) AöR 82 (1957), S.208 ff.

157) Vgl.Stern,Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964,S.25 ff.:"die stets für den Einzelfall gedachte Ermessensentscheidung enthält normative Fernwirkungen" (a.a.O. S.26,Anm.80).
Hinsichtlich der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlgebrauch vgl.

Nun besteht unter der dargelegten Auffassung von Gesetz und Recht keinerlei Notwendigkeit, den Sitz der Ermessensermächtigung nun in "kann", "darf" und ähnlichen Worten auf der Rechtsfolgeseite einer Norm, die ein Verhalten ausdrücklich freistellen, zu erblicken. Je nachdem, ob der Gesetzgeber sich mit einem unbestimmten Gesetzesbegriff auf die nur ermessensmäßig von Fall zu Fall zu realisierende Gerechtigkeit, also auf das "Recht" bezieht, oder ob er die materielle Gerechtigkeit schon hinreichend für alle Einzelfälle in dem unbestimmten Begriff garantiert sieht und ihn deshalb als ius cogens angesehen wissen will, handelt es sich um einen Ermessensbegriff oder um einen unbestimmten Rechtsbegriff[158]. Nur der Gesetzespositivismus kann einen unbestimmten Gesetzesbegriff vorbehaltlos immer als ius cogens, d.h. als unbestimmten Rechtsbegriff ansehen. Diese Auffassung wird aber ersichtlich dem Wesen von Recht und Gesetz nicht gerecht.

Zudem darf nicht übersehen werden, daß auch die Worte: "kann", "darf", "ist befugt" usw. unbestimmte Gesetzesbegriffe sind. Denn einmal erscheint das Wort "kann" als bloße Kennzeichnung einer Ausnahmebefugnis, so daß es bei Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale der betreffenden Norm als "muß" oder "darf nicht" zu interpretieren ist. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 3.2. 1959[159] die Kann-Vorschrift des § 4 Abs.2 des Gesetzes gegen unbegründete Nichtausnutzung von Einfuhrgenehmigungen[160] als Muß-Vorschrift ausgelegt, weil der Tatbestands-

---

Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz, § 114 Anm.15 ff.

158) Vgl. Klein, AöR 82 (1957),S.89

159) BVerfGE 9,137 ff.(151)

160) BGBl.I,S.1005;
§ 4 Abs.2 lautet: "Von der Festsetzung eines Reugeldes kann in sinngemäßer Anwendung der für den Erlaß von Steuern geltenden Vorschriften des § 131 der Reichsabgabenordnung abgesehen werden, wenn der Reugeldpflichtige die Nichtausnutzung oder nicht vollständige Ausnutzung der Genehmigung nicht zu vertreten hat".

begriff des "Nicht-zu-vertreten-habens" als voll überprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff angesehen werden muß[161]. Zum anderen hat das Wort "kann" echte normative Bedeutung, wenn es eine Berechtigung gibt, die zugleich eine Anweisung auf persönliche Wertungen darstellt. Das ist z.B. der Fall bei § 4 StPO, wonach das Gericht eine Verbindung zusammenhängender Strafsachen anordnen "kann"[162]. In Anbetracht dieser verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten für den Rechtsfolgebegriff "kann" ist eine sichere Erkenntnis, ob die Rechtsfolgeseite eine Ermessensentscheidung zuläßt, nur möglich auf Grund einer Interpretation der ganzen Norm, insbesondere des Tatbestandes.

Wo der Tatbestand kein Ermessen gewährt, da ist auch der Rechtsfolgebgriff "kann" nicht als Ermessensermächtigung aufzufassen, unter der weiteren Voraussetzung allerdings, daß sich bei Vorliegen der gesetzlich bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen schlechterdings keine Ermessenserwägungen hinsichtlich des "kann" rechtfertigen lassen, wie dies das Bundesverfassungsgericht in den vorgenannten Entscheidungen angenommen hat. Wo der Tatbestand dagegen ein Ermessen einräumt, ist der Rechtsfolgebegriff "kann" in Verbindung mit dem unbestimmten Gesetzesbegriff im Tatbe-

---

161) Vgl. auch § 66 Abs.1 OrdnungswidrigkeitenG. Trotz der Kann-Vorschrift "muß" die Wiederaufnahme des Bußgeldverfahrens bei Vorliegen der gesetzlich bestimmten Voraussetzungen zugelassen werden (so Beschluß des BVerfG vom 5.2.1963, JZ 1963, 443).
Zahlreiche weitere Fälle für Kann-Vorschriften, die in Wahrheit Muß-Vorschriften sind, bei Warda, a.a.O., S.85 ff. Für die Bedeutung der Soll-Vorschriften vgl. Warda, a.a.O.,S.99 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S.147 f.

162) Vgl. Engisch,Einführung, S.116.
Die Ermessensgrenze für die hierbei zulässigen prozeßökonomischen Gesichtspunkte ist die Notwendigkeit der Wahrheitserforschung. Wenn also der Angeklagte leugnet, darf der einzige Tatzeuge wohl nicht durch Verbindungsbeschluß zum Mitangeklagten gemacht werden (vgl.Warda, a.a.O.,S.128).

stand als einheitliche Ermessensermächtigung anzusehen. Das ist auch offenbar die Meinung des VII.Senats des Bundesverwaltungsgerichts, wenn er im Urteil vom 18.1.1963[163] sagt: Die Beklagte "verkennt allerdings nicht, daß Rechtsbegriffe mit Ermessensregelungen[164] zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefügt sein können". Dies ist aber nur dann der Fall, wenn alle zulässigen Ermessenserwägungen, die bei dem Rechtsfolgebegriff "kann" in Betracht kommen, verständigerweise bereits bei der Anwendung des unbestimmten Tatbestandsbegriffes angestellt werden müssen. Meist werden jedoch die Tatbestandsbegriffe unbestimmte Rechtsbegriffe sein, und der Rechtsfolgebegriff "kann" ist dann der alleinige Sitz der Ermessensbefugnis[165]. - In der Regel handelt es sich nämlich bei Kann-Vorschriften trotz zahlreicher Ausnahmen nicht um Mußvorschriften.- So hat der VII. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem oben genannten Urteil vom 18.1.1963[166] den Begriff der "sozialen Gründe" in Art.5 des Unterzeichnungsprotokolls zum deutsch-schweizerischen Abkommen über die Freigabe deutscher Vermögenswerte vom 26.8.1952 als unbestimmten Rechtsbegriff angesehen, der "weitgehend" der richterlichen Nachprüfung unterliegt. Dennoch hat es die Kann-Vorschrift des Art.5 Abs.1, wonach die Bundesregierung von der Anforderung eines Beitrages absehen "kann"[167], wenn ihr dies aus "sozialen Gründen" u.a. notwendig erscheint, zu Recht als Befugnis zu einer Ermessensentscheidung interpretiert.

---

163) BVerwGE 15,251 (253)

164) Hier handelte es sich um eine Kann-Vorschrift.

165) Vgl. die Beispiele bei Jesch,AöR 82(1957),203 ff. Jesch sieht deshalb nur den Rechtsfolgebegriff "kann" als Sitz einer Ermessensbefugnis an; dies aber zu Unrecht.

166) BVerwGE 15,251 (254)

167) Die deutschen Eigentümer sollten den von der Bundesrepublik Deutschland an die Schweiz geleisteten Ablösungsbetrag durch einen Beitrag von in der Regel 1/3 ihres freizugebenden Vermögenswertes abdecken.

Die Anforderung eines Beitrages kann nämlich aus mannigfaltigen Erwägungen, nicht zuletzt aus haushaltspolitischen Gründen erforderlich sein, auch wenn "soziale Gründe" die Einforderung eines Beitrages als untunlich erscheinen lassen. Die Voraussetzung der Bestimmung der Rechtsfolge bildet aber auch hier - wenn auch stillschweigend[168] - einen Ermessenstatbestand[169]. Denn wenn es heißt, die Bundesregierung "kann" von der Anforderung eines Beitrages absehen, so bedeutet dies: "wenn sonstige Gründe nicht entgegenstehen", "hat" die Bundesregierung von der Anforderung eines Beitrages abzusehen. Mannheim[170] sagt daher zu Recht: "Es ist oft nur eine Frage der Gesetzestechnik, ob dem Richter (oder dem Verwaltungsbeamten) in der Weise Spielraum gewährt wird, daß in den gesetzlichen Tatbestand ein unbestimmter Begriff (d.h. ein Ermessensbegriff, hier: "sonstige Gründe") eingeschaltet wird, oder dadurch, daß man die Rechtsfolge als 'Kann-Vorschrift' ausgestaltet".

Muß-Vorschriften sind demnach im Grunde Kann-Vorschriften, wenn in ihrem Tatbestand ein echter Ermessensbegriff vorkommt[171]. So lautet z.B. § 257 des Lastenausgleichsgesetzes: "Die Reihenfolge der Gewährung von Aufbaudarlehen bestimmt sich nach der sozialen Dringlichkeit und nach der volkswirtschaftlichen Förderungswürdigkeit der Vorhaben". Der Staat hat sich hier eine gewisse Lenkung der zu vergebenden Kredite vorbehalten. Die Lastenausgleichsbehörde "kann" daher zwischen mehreren förderungswürdigen und damit

---

168) Es ist also nicht der unbestimmte Rechtsbegriff "soziale Gründe" gemeint.

169) vgl. Engisch, Einführung S.117: "Wo wir es mit einem Rechtsfolgeermessen zu tun haben, ist stillschweigend vorausgesetzt, daß - in gewissen Grenzen - die Voraussetzungen der Bestimmung der Rechtsfolge einen Ermessenstatbestand bilden".

170) Beiträge zur Lehre von der Revision, 1925, S.150; so auch Engisch, Einführung, S.117.

171) Vgl. Engisch, Einführung, Anm.138

kreditwürdigen Vorhaben nach volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten die Reihenfolge der Gewährung von Aufbaudarlehen gemäß ihrem pflichtmäßigen Ermessen bestimmen; denn nirgendwo ist vorgeschrieben, welche von den mannigfaltigen Zwecken, die unsere Volkswirtschaft berechtigterweise verfolgen kann, nun hier den Ausschlag geben sollen. So hat das Bundesverwaltungsgericht denn auch in seinem Urteil vom 9.5.1956[172] die Begriffe "soziale Dringlichkeit" und "volkswirtschaftliche Förderungswürdigkeit" in § 257 LAG als Ermessensbegriffe angesehen. In Anbetracht dessen, daß die Reihenfolge der Gewährung von Aufbaudarlehen von der Bejahung oder Verneinung einer "volkswirtschaftlichen Förderungswürdigkeit" u.a. abhängt, ist auch zugleich die Rechtsfolge selbst in das Ermessen der Behörde gestellt[173]. Aus diesem Umstand kann man aber nicht herleiten[174], nur das Rechtsfolgeermessen gewähre ein echtes Ermessen. Tatbestandsermessen, sei es nun stillschweigend vorausgesetzt oder in Form eines Ermessensbegriffes näher umgrenzt, und Rechtsfolgeermessen bedingen sich gegenseitig. Das Tatbestandsermessen darf daher nicht aus dem Ermessensbereich ausgeklammert werden[175]. Ob z.B. der Bund im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung eine bundesgesetzliche Regelung treffen darf, hängt von der Beurteilung des "Bedürfnisses" nach einer bundesgesetzlichen Regelung gemäß Art.72 Abs.2 GG ab. Das Bundesverfassungsgericht legt den unbestimmten Begriff "Bedürfnis" in Art.72 Abs.2 GG in ständiger Rechtsprechung als Ermessensbegriff aus[176]. Die Beurteilung der Tatbestandsvoraus-

---

172) BVerwGE 3,279 (283 f.);
kritisch Bachof, JZ 1957,435

173) Vgl. ebenso das von Engisch, Einführung, S.117 angeführte Beispiel.

174) Dies tut aber offenbar Bachof in der Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG v.11.10.1956, DVBl.1957,789.

175) Vgl. Germann, Festgabe für Erwin Ruck,1952,S.176

176) Beschluß v.22.4.1953,BVerfGE 2,213 (224 f.); Urteil v. 1.12.1954,BVerfGE 4,115 (127 f.); Urteil v.29.11.1961, BVerfGE 13,230 (234)

setzung des "Bedürfnisses" nach einer bundesgesetzlichen Regelung ist also in das pflichtmäßige Ermessen des Gesetzgebungsorgans des Bundes gestellt. Damit unterliegt aber zugleich auch die Rechtsfolge, ob die entsprechende Materie nun bundesgesetzlich geregelt wird oder nicht, dem Ermessen des Bundes. Gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum "Bedürfnis" in Art.72 Abs.2 GG hat sich Maunz[177] gewendet, indem er "gerade bei Kompetenznormen vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus erhebliche Bedenken (anmeldet), weil damit das betreffende Staatsorgan in seiner Kompetenz praktisch unbeschränkt wäre". Dem trägt das Bundesverfassungsgericht jedoch nunmehr durch eine weitreichende Ermessensnachprüfung Rechnung[178].

Der sich aus dem Argument von Maunz ergebende mögliche Einwand gegen jedes Tatbestandsermessen, daß dieses nämlich immer in unzulässiger Weise der Behörde eine zu weitreichende Kompetenz einräumt, würde übersehen, daß bei dem stillschweigenden Tatbestandsermessen dadurch, daß die Ermessenserwägungen nicht durch einen unbestimmten Begriff eingegrenzt werden, die Kompetenz viel unbeschränkter werden kann als bei Ermessensbegriffen. Obermayer[179] geht diesem Argument aus dem Wege, indem er auf Grund des Rechtsstaatsprinzips reine Kann-Vorschriften im Wege der Auslegung durch Voraussetzung einer Tatbestandsseite ergänzt, die auf eine Rechtfertigung durch "besondere Gründe" abstellt. Den Begriff "besondere Gründe" will er als

---

177) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.72,Randnr.15

178) Vgl. BVerfGE 13,230 ff.;
Die Behauptung von Maunz-Dürig, Grundgesetz,Art.20, Erl.91 cc), es sei "unstreitig", daß die Verwendung von Ermessensbegriffen im Tatbestandsteil eines Rechtssatzes mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar sei, wird schon durch diese Rechtsprechung widerlegt.

179) NJW 1963,1180

unbestimmten Rechtsbegriff - allerdings mit einem Beurteilungsspielraum - geprüft wissen. Auf diese Weise soll die Tatbestandsseite frei von Ermessenserwägungen gehalten und das eigentliche Ermessen der Rechtsfolgeseite vorbehalten bleiben.Diese Konstruktion ist jedoch unhaltbar. Welche Ermessensgründe sollen auf der Rechtsfolgeseite bei dem Rechtsfolgebegriff "kann" denn noch zulässig sein, die nicht bereits bei dem Tatbestandsbegriff "besondere Gründe" geprüft werden mußten? Sollen bei dem Rechtsfolgeermessen "einfache Gründe" oder "außerordentliche Gründe" die Entscheidung, welche eigentlich schon durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal "besondere Gründe" bestimmt wird,doch noch anders ausfallen lassen dürfen? Das hieße doch das Tatbestandsmerkmal "besondere Gründe" wieder aus den Angeln heben. Der Begriff "besondere Gründe" in Verbindung mit dem Rechtsfolgebegriff "kann" ist daher nur als Ermessensbegriff aufzufassen, d.h. eine solche Vorschrift stellt eine typische einheitliche Ermessensermächtigung dar. Der Gesetzgeber kann aber,wenn durch den Ermessensbegriff "besondere Gründe" die zulässigen Zwecke, die mit dem Rechtsfolgebegriff "kann" verfolgt werden dürfen, nicht weiter begrenzt werden, auf diesen Ermessensbegriff im Tatbestand einer Rechtsnorm durchaus verzichten, wie er dies auch z.B. im Falle des § 4 StPO getan hat.

Die Auslegung einer Norm, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtskatalogs, kann aber auch die gedankliche Hinzufügung eines "unbestimmten Rechtsbegriffes"als Tatbestandsvoraussetzung zu einer Kann-Vorschrift verlangen. Dadurch wird aber gerade aus der Kann-Vorschrift - im Gegensatz zu Obermayer - eine Muß- oder Darfnicht-Vorschrift. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert nämlich nicht, daß eine Kann-Vorschrift eine "ausdrückliche" Tatbestandsvoraussetzung hat. Aus dem Sinn und Zweck der Norm muß aber mit hinreichender Bestimmtheit ermittelt werden können, ob trotz der Kann-Vorschrift ausnahmsweise durch gedankliche

Hinzufügung eines unbestimmten Rechtsbegriffes eine strikte tatbestandliche Voraussetzung für die damit eindeutig zu bestimmende Rechtsfolge anzunehmen ist, oder ob ein Ermessenstatbestand, daraus ein Rechtsfolgeermessen entfließt, dem Rechtsfolgebegriff "kann" zugrunde gelegt werden muß. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem schon mehrfach zitierten Beschluß vom 3.2.1959[180] hinsichtlich einer Ermessensvorschrift, die einen Eingriff in die Sphäre des Bürgers gestattet, festgestellt, das Rechtsstaatsprinzip erfordere nicht, "daß der Gesetzgeber tatbestandsmäßig genau umreißt, wann die Verwaltung von einem zulässigen, nach Tatbestand und Folge eindeutig geregelten Eingriff Abstand nehmen darf". Nach § 1 Abs.1 des Gesetzes gegen unbegründete Nichtausnutzung von Einfuhrgenehmigungen "konnte" die zuständige Behörde gegen denjenigen, der eine ihm erteilte Einfuhrgenehmigung nicht oder nicht vollständig ausgenutzt hatte, ein Reugeld festsetzen. Das Bundesverfassungsgericht prüfte, ob die Behörde "bei der Festsetzung eines Reugeldes gegen das pflichtgemäße Ermessen verstoßen hat, beispielsweise entgegen dem Sinn des Gesetzes das öffentliche Interesse bejaht"[181]. Der ungeschriebene Begriff "öffentliches Interesse" ist hier offenbar nicht im Sinne eines unbestimmten Rechtsbegriffes, sondern im Sinne eines Ermessensbegriffes aufgefaßt worden, denn er soll wohl nur die Grenzen abstecken, wann eine Reugeldfestsetzung nicht mehr von dem Zweck der Norm gedeckt wird. Dagegen hat das OVG Berlin in seinem Urteil vom 14.11.1956[182] die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes nur dann für zulässig erklärt, wenn sie durch ein "überwiegendes öffentliches Interesse" gerechtfertigt wird. Soweit mit einem begünstigenden Verwaltungsakt dem Berechtigten eine schutzwürdige Rechtsposition eingeräumt

---

180) BVerfGE 9,137 ff.
181) a.a.O., S.150
182) DÖV 1957, 753

ist, hat das Gericht zu Recht die Rücknahme an das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal eines "überwiegenden öffentlichen Interesses" geknüpft, das hier eine eindeutige Abwägung zum Einzelinteresse am Fortbestand des Verwaltungsaktes meint und deshalb als unbestimmter Rechtsbegriff auszulegen ist, wie das OVG Berlin ausdrücklich festgestellt hat[183].

Die Lehre von den unbestimmten Begriffen als unbestimmten Rechtsbegriffen, die nur ein Rechtsfolgeermessen anerkennt, klammert also zu Unrecht das Tatbestandsermessen aus. Soweit Ermessensbegriffe im Tatbestand eines Rechtssatzes enthalten sind, muß man daher mit der herkömmlichen Lehre auch weiterhin von einem Tatbestandsermessen sprechen. Soweit der Ermessenstatbestand auf der Rechtsfolgeseite mit den "kann", "darf" und ähnlichen Rechtsfolgebegriffen gegeben ist, oder soweit diese Rechtsfolgebegriffe mit einem Ermessensbegriff zur näheren Bestimmung der Rechtsfolge verbunden sind, darf man von einem Rechtsfolgeermessen reden.

Die Lehre vom Rechtsfolgeermessen könnte wenigstens die unbestimmten Begriffe auf der Rechtsfolgeseite als ermessenshaltig ansehen[184], ohne gegen ihre Doktrin zu verstoßen. Gegen eine solche rein formelle Kennzeichnung des Rechtsfolgeermessens läßt sich aber sehr leicht einwenden, daß es gewiß keinen Unterschied macht, ob z.B. § 23 Abs.1 des Ladenschlußgesetzes lautet: "Die obersten Landesbehörden können in Einzelfällen befristete Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 3 bis 16 und 18 bis 21 dieses Gesetzes bewilligen, wenn die Ausnahmen im öffentlichen Interesse

---

183) Zum Widerruf begünstigender Verwaltungsakte vgl. Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, Anh. zu § 42, Randnr.34 ff.,38; Kellner, DÖV 1962, 572 ff.

184) Z.B. wo es heißt, die Behörde "hat" die "notwendigen", "erforderlichen", "angemessenen" Maßnahmen zu treffen.

dringend nötig werden", oder ob es heißen würde: "Die obersten Landesbehörden können in dringendem öffentlichen Interesse für Einzelfälle befristete Ausnahmen ... bewilligen". Bei der ersteren Formulierung kann verständigerweise das "öffentliche Interesse" nicht auf Grund seiner Stellung im Tatbestand als ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei der letzteren wegen seiner Stellung in der Rechtsfolge als ein Ermessensbegriff angesehen werden[185]. Die Lehre von den unbestimmten Begriffen als unbestimmten Rechtsbegriffen begegnet daher diesem Einwand zumeist mit der Behauptung, daß auch die unbestimmten Begriffe auf der Rechtsfolgeseite niemals Ermessensbegriffe sein können[186], denn die Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen sei stets ein Erkenntnisakt im Gegensatz zum Ermessen, das einen Willensakt darstelle[187]. Die Vertreter dieser Lehre verknüpfen also überwiegend das Rechtsfolgeermessen mit dem reinen Handlungs- oder Verhaltensermessen, indem sie ein Urteilsermessen ablehnen[188]. Den unbestimmten Gesetzesbegriff auf der Rechtsfolgeseite müssen sie dann konsequenterweise zum Tatbestand der Norm rechnen[189].

Schon Tezner glaubte ein entscheidendes Argument gegen die Ermessensbegriffe aus dem Unterschied zwischen

---

185) Vgl. auch die in diesem Sinne angeführten Beispiele von Engisch, Einführung,S.117; und Ehmke "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960,S.28; vgl. ebenso Lendi, Diss.1958, S.90.

186) So z.B. Obermayer, NJW 1963, 1178 ff.

187) Im Anschluß an Reuß,DVBl.1953,585 ff. und 649 ff., vor allem: Bachof, JZ 1955,97 ff.; Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.311 ff.

188) So außer den in Anm.187 genannten Autoren: Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes,1954,S.128; Jesch, AöR 82(1957),S.204 ff.; Lendi, Diss.1958,S.131; Czermak, NJW 1961, 1906; Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964,S.23; Wolff, Verwaltungsrecht I,1965,S.151.

189) So offenbar Bachof,JZ 1955,101;ders.in der Anm.zu dem Urt.d.BVerwG v.11.10.1956,DVBl.1957,789

cognitivem und volitivem Ermessen herleiten zu können. Eine Wahlfreiheit könne nur bestehen zwischen Handeln und Unterlassen, nicht aber zwischen diesem und jenem Urteil[190]. Demgegenüber hat Scheuner[191] bemerkt: "Es ist ungerechtfertigt, Akte psychologisch zu zerlegen, beim Justizakt das logische Urteil, beim Verwaltungsakt die Willensbetätigung allein zu betonen. Der Verwaltungsbeamte muß stets rechtliche Überlegungen anstellen, umgekehrt ist der Rechtsspruch auch Willensakt, ist schöpferisch". In der Tat erfolgt jede Wahl zwischen einem Handeln und einem Unterlassen auf Grund eines Urteils. Selbst reine Kann-Vorschriften, die an keine weiteren Voraussetzungen gebunden sind wie z.B. die Befugnis des Richters, gemäß § 4 StPO zusammenhängende Strafsachen zu verbinden, verlangen eine motivierte Entschließung. Man darf die einzelnen Erkenntnisakte, die sich auf die Gewinnung von zulässigen Motiven richten, nicht außer Acht lassen. Die Wahl zwischen den Motiven, d.h. den berechtigten Zwecken des Handelns, stellt sich dann einerseits als Willensakt, andererseits aber als Erkenntnisakt dar, denn das Wählen muß auf Grund einer Wertung erfolgen, welches Motiv das beste und ausschlaggebende ist. Entscheidend ist sogar dabei der Erkenntnisakt, der, vom objektiven Standpunkt aus betrachtet[192], als eine "Wahl zwischen diesem und jenem Urteil" erscheint. Bei einem Verhaltensermessen muß ja die mit den Gesetzen der Teleologik zu "erkennende" zweckmäßigste Entscheidung in die Tat umgesetzt werden. Der fernere Willensentschluß, die wählend erkannte "richtige" Entscheidung auch tatsächlich

---

190) Tezner in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd.V,1911,S.105; vgl. auch: ders.,Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924, S.24.

191) Verw.Arch.33 (1928), S.71;
in dem gleichen Sinne ablehnend gegen Tezner schon Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision,1925, S.150; vgl. ferner auch Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht,1960,S.24

192) Vgl. oben S.13, Anm.35

durchzuführen, hat dann überhaupt keinen Spielraum mehr für eine Wahlmöglichkeit. Erkenntnisakt und Willensakt können also nicht getrennt werden, um dem Willensakt allein eine Wahlmöglichkeit vorzubehalten[193]. Cognitives und volitives Ermessen, d.h. Urteils- und Verhaltensermessen bedingen sich gegenseitig wie Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen. Deshalb besteht keinerlei Grund,das Urteilsermessen, das doch die Kehrseite jeden Verhaltensermessens ist, nur in Worten wie "kann", "darf", "ist befugt" zu lokalisieren und nicht auch in einem unbestimmten Begriff, der im Tatbestand einer Norm oder auf ihrer Rechtsfolgeseite den Rahmen für die zulässigen Motive des Handelns absteckt. Ein solcher Begriff ist ein Ermessensbegriff. Will man das Wort "cognitives Ermessen" für die Ermessensbegriffe reservieren, so heißt das nicht, daß es bei Ermessensbegriffen kein volitives Ermessen und bei den Rechtsfolgebegriffen "kann", "darf" usw., wo wir das Wort "volitives Ermessen" gebrauchen können, kein cognitives Ermessen gibt. Für das Tatbestands- wie für das Rechtsfolgeermessen ist das cognitive Ermessen gleichermaßen von entscheidender Bedeutung. Die Zuordnung des cognitiven Ermessens zu dem Tatbestandsermessen, d.h. den Ermessensbegriffen, und des volitiven Ermessens zu dem Rechtsfolgeermessen besagt also nur, daß der Gesetzgeber bei dem letzteren keinen einschränkenden Hinweis auf die zulässigen Zwecke des Handelns durch einen unbestimmten Gesetzesbegriff gegeben hat, sondern dem dadurch wohl etwas freieren Willen des Rechtsanwenders die Auswahl der Motive nach dem Sinn und Zweck der Ermächtigungsnorm überläßt.

---

193) Vgl. Klein,AöR 82 (1957),S.96,100 Anm.56; ihm zustimmend Jesch,AöR 82 (1957),S.233, der aber die Unterscheidung zwischen volitivem und cognitivem Ermessen wegen ihres "juristischen Gehalts" aufrecht erhält, da jede "Konkretisierung des Begriffshofes (und des 'Beurteilungsspielraums') interpretativ wirkt", dagegen die Maßstäbe für die Ausübung des Verwaltungsermessens nicht rechtlicher, sondern metajuristischer Natur sind". Wie wir oben gesehen haben,geben aber auch Ermessensentscheidungen wegen ihrer "norma-

Die hier vorgetragene Auffassung von den Ermessensbegriffen findet ihre Bestätigung durch die Eigenart des Begriffes "öffentliches Interesse". Die Verknüpfung des Rechtsfolgebegriffes "kann" mit dem Begriff "öffentliches Interesse" interpretiert z.B. Obermayer[194] so: "Kann eine Ausnahmegenehmigung nur erteilt werden, wenn das öffentliche Wohl[195] sie rechtfertigt, so bewirkt die im konkreten Fall gegebene Rechtfertigung durch das öffentliche Wohl nicht, daß die Ermessensbetätigung zur Erteilung der Ausnahmegenehmigung führen muß. Die Tatbestandsverwirklichung ermöglicht vielmehr erst eine Ermessensbetätigung schlechthin". Wenn also der Verwaltungsbeamte den Sachverhalt unter den Begriff "öffentliches Wohl" falsch subsumiert, so ist das nach Obermayer[196] irrelevant, da kein Anspruch auf eine Ausnahmegenehmigung bei einer Kann-Vorschrift besteht[197]. Andererseits sieht Obermayer es als Ermessensmißbrauch an, wenn das "öffentliche Wohl" überhaupt nicht geprüft wurde, weil dann "bei der Abwägung der für und gegen ein bestimmtes Verhalten sprechenden Gründe ein wichtiger Grund nicht in Rechnung gestellt (wird)"[198]. Hierzu ist zu sagen: Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen doch gerade die Gründe für das Verhalten der Behörde im Falle einer solchen Ausnahmebewilligung aus dem "öffentlichen Interesse" hergeleitet werden. Ob z.B. die zuständige Verwal-

---

tiven Fernwirkung" (Stern) Rechtsanwendungsmaßstäbe.

194) NJW 1963,1180
195) Hier gleichbedeutend mit öffentlichem Interesse
196) a.a.O.,S.1183

197) Nach h.M. besteht aber bei einer Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt, d.h. wenn das Genehmigungserfordernis lediglich zum Zwecke präventiver Kontrolle gegeben wurde, ein Rechtsanspruch auf eine Genehmigung (vgl. BGH, Urt.vom 19.12.1963, DÖV 1964,423; vgl. ferner Friauf, JuS 1962,424 ff.). Im Gegensatz dazu ist die Befreiung von einer sogenannten repressiven Verbotsnorm in das pflichtmäßige Ermessen der Behörde gestellt, so daß nur ein subjektiv öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch besteht.

198) a.a.O.,S.1184

tungsbehörde bei den Imbißständen auf dem Gelände der Hamburger Hochbahn eine Ausnahmegenehmigung für den Warenverkauf in der Zeit nach dem allgemeinen Ladenschluß gemäß § 23 des Ladenschlußgesetzes erteilen will, bestimmt sich allein danach, ob diese Ausnahmebewilligung "im öffentlichen Interesse dringend nötig wird". Die Verwaltungsbehörde kann nach dem Sinn und Zweck des § 23 Ladenschlußgesetz dabei in eigenständiger Wertung entscheiden, "ob z.B. das öffentliche Interesse an gesunden Wettbewerbsverhältnissen und am Schutze der Arbeitnehmer vorzugehen habe, oder das Interesse der Hochbahn, die Bedürfnisse des Publikums und das weltstädtische Interesse, das eine Stadt wie Hamburg daran hat, den Fremdenverkehr zu fördern"[199]. Die Verwaltungsbehörde hat also alle berechtigten Zweckmäßigkeitserwägungen bereits bei dem Begriff "öffentliches Interesse" anzustellen. Welche zulässigen Zweckerwägungen sollten denn noch reserviert sein für den Rechtsfolgebegriff "kann"? Wenn die Behörde selbst ein dringendes öffentliches Interesse an einer Ausnahmebewilligung anerkennt, aus welchem Grunde sollte sie dann nicht auch zu dieser Genehmigung verpflichtet sein? Gerade weil sie aber das öffentliche Interesse nach ihrem eigenen Abwägen sowohl bejahen als auch verneinen kann, ist sie zur Erteilung der Ausnahmegenehmigung nicht verpflichtet.

---

199) So OVG Hamburg, Urt.v. 16.10.1952, VerwRspr.5,870; vgl. ebenso OVG Hamburg, Urt.v.12.5.1953,VerwRspr. 6,101; Sigl, Ladenschlußgesetz,Kommentar 1960,Erl.2 zu § 23, sieht dagegen das "öffentliche Interesse" als unbestimmten Rechtsbegriff - mit Subsumtionsspielraum - an, der mit einer Ermessensentscheidung gekoppelt ist. Daran sieht man wiederum, wie weit sich die hier abgelehnte Konstruktion schon in der Wissenschaft durchgesetzt hat.
Die Entscheidung des OVG Hamburg sind auch nicht überholt durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 8.6.1960 (BVerfGE 11,168) zu § 9 Abs.1 des Personenbeförderungsgesetzes a.F., da durch § 23 Ladenschlußgesetz die Berufsfreiheit (Art.12 GG) nicht beeinträchtigt sein dürfte.

Schon Loening[200] hat zugeben müssen, daß bei den Kann-Vorschriften, die mit unbestimmten Gesetzesbegriffen zu "Mischtatbeständen" verbunden sind, oft die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Ermessen, also die unbestimmten Gesetzesbegriffe, "aus Gründen eines besonders starken öffentlichen Interesses vom Gesetzgeber geschaffen worden sind". "Eine darüber hinausgehende Abwägung mit einem vermeintlichen weiteren öffentlichen Interesse oder mit sonstigen Umständen (habe deshalb) kaum noch einen Sinn und (sei) daher rechtspolitisch entbehrlich"[201]. Wenn auch Loening die unbestimmten Gesetzesbegriffe als unbestimmte Rechtsbegriffe ausgelegt wissen will und das eigentliche Ermessen dem Rechtsfolgebegriff "kann" vorbehält, so macht doch diese Bemerkung die uneingestandene Wahrheit deutlich, daß in solchen Fällen, wo eine darüber hinausgehende Abwägung mit einem vermeintlichen weiteren öffentlichen Interesse oder mit sonstigen Gründen keinen Sinn hat, entweder der unbestimmte Gesetzesbegriff als Ermessensbegriff oder als unbestimmter Rechtsbegriff auszulegen ist, in letzterem Falle mit der Folge, daß die Kann-Vorschrift in Wirklichkeit eine Muß-Vorschrift ist. So stellt auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 29.4.1964[202], in welchem es den Begriff "öffentliche Belange" in der Kann-Vorschrift des § 35 Abs.2 Bundesbaugesetz als unbestimmten Rechtsbegriff qualifiziert, mit Recht fest: "Wenn aber schon bei der Subsumtion des Sachverhalts unter den unbestimmten Gesetzesbegriff alle rechtlich relevanten Gesichtspunkte geprüft werden müssen, so

---

200) DVBl.1952, 238

201) Loening, a.a.O., nennt z.B. die Begriffe "Ungeeignetheit", "Unzuverlässigkeit" in § 57b Nr.2 GewO, § 8 Abs.2.Ziff.2 Hebammengesetz und meint, der Gesetzgeber müsse sich überlegen, ob er nicht in solchen Fällen statt "kann" "muß" zu sagen hat.

202) DÖV 1964, 383 ff., 385

bleibt kein Raum für eine Ausübung des Ermessens, bei der wiederum nur darauf abzustellen wäre, ob die Ausführung oder Benutzung des Vorhabens öffentliche Belange beeinträchtigt".

Der Begriff "öffentliches Interesse" ist also ganz besonderer Natur, denn er steckt in seinem weit gefaßten Sinne den Rahmen für alle zulässigen Zweckmäßigkeitserwägungen ab. Deshalb hat auch v.Laun, was sich schon bei Bernatzik[203] andeutet, alle Gesetzesbegriffe, deren Anwendung je nach Ansicht über das öffentliche Interesse verschieden sein kann, als Ermessensbegriffe angesehen. Er spricht insofern von einer "Kategorie des öffentlichen Interesses", die "in prinzipiellem Gegensatz zu allen übrigen vom Gesetz verwendeten Kategorien" stehe[204]. Typisch ist auch die Formulierung von Thoma[205], das Ermessen stelle der Behörde frei, "ob eine Anordnung und welche Anordnung nach ihrer eigenen Auffassung von dem, was das öffentliche Interesse gebietet, am Platze sei". Die "Kategorie des öffentlichen Interesses" im Sinne v.Laun's muß zwar abgelehnt werden, da die mit ihr angesprochenen unbestimmten Gesetzesbegriffe der Behörde überwiegend keine Berechtigung zu einer Wahlentscheidung geben, sondern nach den gesellschaftlichen Anschauungen objektiv eindeutig ausgelegt und angewendet werden müssen. Die Erkenntnis v.Laun's ist aber insofern von Bedeutung, als sie offenkundig macht, daß bei dem Begriff "öffentliches Interesse"

---

203) Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S.46: "Mag die Rechtsordnung dem subjektiven Ermessen den allerweitesten Spielraum lassen, nie geht dasselbe bis zur Erlaubnis, den öffentlichen Interessen zuwiderhandeln zu dürfen".

204) v.Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910, S.70

205) in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, 1932, S.234

alle berechtigten Zweckerwägungen immer bereits inbegriffen sind, die sonst bei dem Rechtsfolgebegriff "kann" noch in Betracht kommen könnten. Man muß hieraus folgern: überall dort, wo eine lege artis durchgeführte Interpretation den Begriff "öffentliches Interesse" in einer Gesetzesnorm als unbestimmten Rechtsbegriff qualifiziert, ist der zugehörige Rechtsfolgebegriff "kann" als "muß" oder "darf nicht" auszulegen[206]. Wo andererseits der Begriff "öffentliches Interesse" als Ermessensbegriff in einer Norm erscheint, ist eine Muß-Vorschrift als Kann-Vorschrift anzusehen.

Der überwiegende Teil der neueren Verwaltungsrechtslehre, die alle unbestimmten Gesetzesbegriffe als unbestimmte Rechtsbegriffe ansieht, gesteht allerdings der Verwaltungsbehörde bei der Anwendung des Begriffes "öffentliches Interesse" immer einen "Beurteilungsspielraum" zu, in dessen Grenzen, die ähnlich denen eines Ermessensbegriffes abgesteckt werden, eine gerichtliche Überprüfung nicht statthaft ist. Soweit das "öffentliche Interesse" als Ermessensbegriff auszulegen ist, gelangt diese Lehre zu dem gleichen Ergebnis einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle wie die herkömmliche Lehre, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung[207]. So ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.3.1954[208], das den vielerörter-

---

206) Dieses Ergebnis ist bedeutsam für die Auslegung des § 153 Abs.2 StPO

207) Vgl. BVerwGE 4,89 (92), Urt.v.11.10.1956 zu § 9 Pers.Bef.G., demzufolge es im Ergebnis keinen Unterschied bedeutet, ob das "öffentliche Verkehrsinteresse" ein "Ermessensbegriff" oder ein "unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum" ist.

208) BVerwGE 1,92 = DÖV 1954,532 mit zustimmender Anmerkung von Labs und ablehnender Anmerkung von Reuß; vgl. auch Abraham, JZ 1954,563, der dieses Urteil zu Recht mit der Begründung ablehnt, daß bei Annahme eines Ermessensbegriffes die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG beeinträchtigt ist. Hinsichtlich der weiteren Urteile zu dem Begriff "öffentliche Verkehrsinteressen" vgl. unten S.84 ff.

ten Begriff "öffentliches Verkehrsinteresse" in § 9 Abs.1 des Personenbeförderungsgesetzes a.F. als Ermessensbegriff aufgefaßt hat, von Ule[209], Bachof[210] und Jesch[211] nur hinsichtlich der Begründung und nicht des Ergebnisses kritisiert worden. Muß das "öffentliche Interesse" aber als unbestimmter Rechtsbegriff ausgelegt werden, so kommt die neuere Verwaltungsrechtslehre, die auch in diesen Fällen der Behörde einen "Beurteilungsspielraum" einräumt, durchaus zu einem anderen Ergebnis als die richtige Auffassung innerhalb der herkömmlichen Lehre[212].

Nun ist die Lehre vom Beurteilungsspielraum aus der typischen verwaltungsgerichtlichen Problematik der Überprüfung eines unbestimmten Rechtsbegriffes entstanden, den zuvor eine sachnähere Verwaltungsbehörde mit ihren angeblich besseren und damit vom Gesetzgeber sanktionierten Erkenntnismitteln auf den Sachverhalt angewendet hat. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum ist also auf das Verwaltungsrecht zugeschnitten. Ihre Meinung hinsichtlich des Begriffes "öffentliches Interesse" kann daher nicht ohne weiteres auf den Begriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung", wie er in den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB gesetzlich normiert ist, übertragen werden. Dennoch muß hier zur Lehre vom Beurteilungsspielraum Stellung genommen werden, da wir uns bei dem Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Strafgericht einer ähnlichen Situation gegenübersehen wie bei dem Verhältnis der Verwaltungsbehörde zum Verwaltungsgericht. Deswegen haben auch neuerdings diejenigen, die eine gerichtliche Überprüfung des "öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" fordern, der Staatsanwaltschaft fast ausnahmslos einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum bei dem Begriff "öffentliches Interesse" einräumen wollen.

---

209) Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.325
210) JZ 1955,101
211) AöR 82 (1957), S.218
212) Vgl. dazu unten S.81 ff.

Das Bundesverwaltungsgericht hat nur zum Teil und sehr zögernd von unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum gesprochen. Eyermann-Fröhler[213] glauben feststellen zu können, daß der II. und VI.Senat des Bundesverwaltungsgerichts die Verbindung eines unbestimmten Rechtsbegriffes mit einem Beurteilungsspielraum bejahen, dagegen der I. und VII.Senat den Beurteilungsspielraum dem Ermessen zuordnen. Die Rechtsprechung des V.Senates sei schwankend. Gegen die Lehre vom Beurteilungsspielraum hat man aber schon wiederholt eingewendet, daß methodologisch und bezüglich der gerichtlichen Nachprüfbarkeit zwischen einem unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum und einem Ermessensbegriff kein wesentlicher Unterschied besteht[214]. Eyermann-Fröhler[215] bezeichnen die Lehre vom Beurteilungsspielraum sogar als "irreführend und dogmatisch nicht folgerichtig". Diesen Einwänden hat Bachof[216] entgegengehalten: "Das Ermessen ist auf eine (begrenzte) Freiheit der Verwaltung gerichtet (mit der Folge einer Beschränkung der Gerichtskontrolle). Der Beurteilungsspielraum hingegen bezieht sich auf die begrenzten Möglichkeiten gerichtlichen Nachvollzugs der Subsumtion (mit der praktischen Folge einer gewissen 'Freiheit' der Verwaltung)".

---

213) Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, § 114 Anm.9 mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch Kellner, DÖV 1962, 572 ff.

214) Vgl. Klein, AöR 82 (1957), S.105 ff.; Lerche in: Staatslexikon 1959, Artikel "Ermessen"; Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960,S.26 ff.; vgl. auch Engisch, Einführung, Anm.137

215) a.a.O., § 114, Anm.9 d

216) JZ 1962, 704

Für eine Gruppe von Fällen scheint die Lehre vom Beurteilungsspielraum in der Tat auf den ersten Blick die einzig zutreffende Begründung für die nur beschränkte gerichtliche Nachprüfbarkeit einer Verwaltungsentscheidung zu liefern, die die Lehre von den Ermessensbegriffen kraft Definition des Ermessens nicht zu geben vermag. Bei pädagogischen oder dienstlichen Beurteilungen kann man schließlich nicht von einer Wahlfreiheit zwischen gleichermaßen richtigen Beurteilungen sprechen, wenngleich die Gerichte nach h.M. solche Entscheidungen offensichtlich nicht in allen Punkten nachprüfen können[217]. Während der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 15.4.1957[218] die Beurteilung von Prüfungsleistungen noch als wertendes "Ermessen" gekennzeichnet hat, läßt denn auch der VII.Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 24.4.1959[219] den "neuen Sprachgebrauch" vom Beurteilungsspielraum gelten und stellt jenen dem Ermessensspielraum gleich. Der VI.Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat jedoch in seinem Urteil vom 19.10.1960[220] starke Bedenken gegen die Bezeichnung "Beurteilungsspielraum" angemeldet. Er zieht aber der gerichtlichen Kontrolle von Prüfungsentscheidungen Grenzen, "da diese ihrem Wesen nach gerade das höchstpersönliche Urteil eines nach bestimmten Gesichtspunkten zusammengesetzten Gremiums wiedergeben sollen". Der VI.Senat meint damit offenbar, daß die Prüfungsentscheidungen bis zu den Grenzen nachgeprüft werden dürfen,

---

217) Mit der nicht hinreichenden Definition des Ermessens als "Eigenständigkeit der Wertung", die m.E. auch der Lehre vom Beurteilungsspielraum zugrunde liegt, könnte man allerdings auch hier von einem "Ermessensspielraum" im Sinne eines "Auslegungsermessens" sprechen.

218) BayVGHE I 10,27(32); ebenso OVG Lüneburg,OVGE 2,220

219) BVerwGE 8,272 (275)

220) BVerwGE 11,165 (167)

wo das "unvertretbare Urteil"[221] der Prüfungskommission vom Gericht wiederholt werden müßte, um letzte Erkenntnisse zu gewinnen. Der VII.Senat spricht dagegen in seinem Urteil vom 14.7.1961[222] bei Prüfungsentscheidungen weiterhin ohne Bedenken von einem "Beurteilungsspielraum". Hinsichtlich dienstlicher Beurteilungen hat z.B. fernerhin der II.Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinen Urteilen vom 29.9.1960[223] und vom 27.9.1962[224] den Begriff der "mangelnden Bewährung" in § 31 Abs.1 Nr.2 des Bundesbeamtengesetzes als einen unbestimmten Begriff mit Beurteilungsspielraum angesehen und damit der richterlichen Nachprüfung der Entlassung eines Probebeamten Grenzen gezogen. Wenn man diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betrachtet, scheint es nur eine Frage begrifflicher Nomenklatur zu sein[225], ob man, Bachof gerecht werdend, den "Spielraum bei der erkenntnismäßigen Beurteilung der Handlungsvoraussetzungen" "seiner wahren Natur entsprechend, überhaupt nicht als 'Ermessen', sondern als 'Beurteilungsspielraum" bezeichnet"[226].

Es läßt sich aber weder mit einem "Ermessensspielraum" noch mit einem "Beurteilungsspielraum" in dogmatisch befriedigender Weise begründen, warum pädagogische Beurteilungen oft nur als beschränkt nachprüfbar erscheinen. Die zutreffende Erklärung hierfür liegt auf dem Gebiete revisionsgerichtlicher Problematik, wie noch zu zeigen sein wird. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum muß deshalb mit Entschiedenheit abgelehnt werden, da sie "irreführend und dogmatisch nicht folgerichtig ist". M.E. stellt die Lehre

---

221) Ausdruck nach Menger, Verw.Arch.54 (1963),S.296
222) BVerwGE 12,359; vgl. auch BVerwGE 16,154
223) BVerwGE 11,139
224) DVBl.1963,179; vgl. dazu Menger, Verw.Arch. 54 (1963), S.296
225) a.A. offenbar die in Anm.220 genannte Entscheidung des VI.Senats.
226) Bachof, JZ 1955, 102

vom Beurteilungsspielraum, wie sie von Bachof und Ule vertreten wird, nichts anderes dar als die alte, von diesen Vertretern kritisierte Lehre vom Auslegungsermessen, die man nur in ein neues rechtsstaatliches Gewand gekleidet hat. Indem nämlich die Lehre vom Beurteilungsspielraum "die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen" "wegen der objektiv und subjektiv beschränkten Erkenntnismöglichkeit innerhalb eines gewissen Spielraums letztverantwortlich der Behörde überlassen" will[227], hat sie die agnostizistische Position der Lehre vom Auslegungsermessen eingenommen.

Die Lehre vom Beurteilungsspielraum besticht zwar zunächst mit dem Gedanken, daß die größere Sachnähe und Erfahrung der Verwaltung durch die Verwaltungsgerichte respektiert werden sollte[228]. Es ist in der Tat ein Unterschied, ob ein Rechtssatz direkt von einem Gericht oder vorher noch von einer rechtsanwendenden Behörde auf einen Sachverhalt angewendet wird. Daraus darf man aber nicht folgern, die "vertretbare" Beurteilung der Verwaltung habe einer anderen "vertretbaren" Beurteilung des Gerichts vorzugehen, wenn man bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes zu verschiedenen Ergebnissen gelangen kann[229]. Entweder hat die Verwaltung bei der Beurteilung eines Tatbestandes eine Wahlmöglichkeit, dann ist jede Beurteilung innerhalb der Grenzen des "Ermessens" nicht nur "vertretbar", sondern "richtig", d.h. rechtmäßig, oder es ist bei der Beurteilung eines unbestimmten Rechtsbegriffes der Rechtsidee nach nur eine Entscheidung die richtige, dann steht über Art.19 Abs.4 GG allein den Gerichten gemäß Art.92 GG die

---

227) Bachof, JZ 1955, 101;
vgl. auch Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek,1955, S.325 ff.

228) Vgl. Bachof,JZ 1962,704: "Es wäre nichts damit gewonnen, das problematische Subsumtionsurteil der Verwaltung durch ein ebenso problematisches - oder wegen der geringeren Sachnähe oft noch viel problematischeres - Urteil des Gerichts zu ersetzen".

229) So offenbar Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.326

letztverbindliche Entscheidung zu. Sofern die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen in "Rechtskraft" erwächst, ist sie nämlich stets "Rechtsprechung" im Sinne des Art.92 GG und damit den Gerichten vorbehalten[230]. Ein unanfechtbarer Verwaltungsakt hat eine geringere Rechtskraftwirkung als diejenige meint, die das Kriterium für den Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" abgibt[231]. Erst durch das Urteil des Verwaltungsgerichts erhält ein Verwaltungsakt hinsichtlich seiner tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen die Qualität eines "Wahr- und Rechtsspruches". Nur dort, wo das Gesetz der Verwaltungsbehörde - und der Staatsanwaltschaft in den Fällen des Anklageermessens - eine Möglichkeit zu einer Wahlentscheidung eingeräumt hat, ist innerhalb des Ermessensspielraums nicht das Gericht, sondern die Behörde zur letztverbindlichen Entscheidung berufen. Aber erst mit der gerichtlichen Überprüfung der Grenzen des Ermessens, die über Art. 19 Abs.4 GG möglich ist, erhält auch die Entscheidung der Behörde innerhalb des Ermessensspielraums die Qualität eines "Wahr- und Rechtsspruches" und damit richterliche Rechtskraftwirkung. Die Verwaltungsbehörde kann deshalb später nicht etwa das Gerichtsurteil aufheben, wenn sie nachträglich zu einer für den Beteiligten günstigeren Beurteilung eines Ermessenstatbestandes gelangt, sondern sie kann dann nur einen neuen begünstigenden Verwaltungsakt erlassen. Wo der Verwaltungsbehörde oder der Staatsanwaltschaft keine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Beurteilungen eines Tatbestandes gewährt ist, trägt das angerufene Gericht wegen der Rechtskraftwirkung seines Erkenntnisses auch innerhalb eines vermeintlichen "Beurteilungsspielraums" die volle Verantwortung für die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen unbestimmten Rechtsbegriff[232], denn dieser "Wahr- und Rechtsspruch" ist gemäß Art.92 GG allein den Gerichten anvertraut.

---

230) Vgl. die eingehenden Erörterungen zu Art.92 GG unten S.322 ff.
231) Vgl. Arndt, NJW 1959, 606
232) a.A. Bachof, JZ 1955,100, der allerdings Art.92 GG zu übersehen scheint.

Das Verwaltungsgericht muß aber in Grenzfällen die Ansicht des fachkundigen Verwaltungsorgans wie das Gutachten eines Sachverständigen betrachten und darf nicht ohne Not, d.h. nur mit einer triftigen Begründung, von ihr abweichen. Eine unzureichende Begründung für eine andere Ansicht des Verwaltungsgerichts wäre dann revisibel. Ebenso wie aber das Zivil- oder Strafgericht nicht an das Gutachten des Sachverständigen, ist das Verwaltungsgericht nicht an die Auffassung der Verwaltungsbehörde gebunden.[233] Wie jene hat das Verwaltungsgericht nach kritischer Würdigung der Expertenansicht eigenverantwortlich über die der Expertise zugrunde liegenden Fragen zu entscheiden. Eine solche Ansicht scheint auch der Schweizerische Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zu vertreten, denn er behandelt in schwierigen Fällen der Prüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen die Ansicht der Verwaltungsbehörde als Sachverständigengutachten[234].

Die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bei unbestimmten Rechtsbegriffen widerspricht nicht nur Art.92 GG, sondern auch unmittelbar der durch Art.19 Abs.4 GG gewährleisteten umfassenden Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichte. Nur dort wird eine volle Gerichtskontrolle nicht durch Art.19 Abs.4 GG erzwungen, wo der Behörde ein Ermessen eingeräumt ist, denn da hat der Bürger nur ein subjektiv öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch,

---

233) Weil freie Beweiswürdigung: § 286 ZPO, § 261 StPO, § 108VwGO; vgl. z.B. RGZ 162,227; 167,272; BGH NJW 1951,566; BGH ZZP 71,387 ff.

234) Vgl. BGE 78 I 469; 79 I 383, zitiert nach Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964, S.20 Anm.53, der offenbar dieser Praxis zustimmt; Lendi, Diss.1958, S.122 ff. lehnt sie dagegen als noch zu weitgehendes Zugeständnis an die Verwaltung ab.

d.h. er kann ex definitione in seinen "Rechten" nur bei Überschreitung gewisser Ermessensgrenzen verletzt sein.[235] Der gerichtliche Rechtsschutz gegenüber Rechtsverletzungen der öffentlichen Gewalt wäre aber illusorisch, wenn den Verwaltungsbehörden darüber hinaus ein Beurteilungsspielraum bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zugebilligt würde. Wenn also Bachof[236] seinen Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Begriffen mit dem auf Mehrdeutugkeit gerichteten Willen des Gesetzgebers begründet, so ist dies in den Fällen, wo sich Tatbestandsermessen und Beurteilungsspielraum nicht decken, mit Art.19 Abs.4 GG unvereinbar[237]. Die Rechtfertigung Bachofs[238], daß Art.19 Abs.4 GG "zunächst einmal einen praktikablen Kontrollmaßstab voraussetzt", liegt, wie schon angedeutet wurde, auf einem anderen Gebiet.

Wie die Lehre von der Revision zutreffend erkannt hat, ist der Grund für die mitunter beschränkte Nachprüfbarkeit eines unbestimmten Rechtsbegriffes in der Revisionsinstanz nicht darin zu sehen, daß der Richter der Tatsacheninstanz einen gewissen Beurteilungsspielraum bei der Subsumtion des Sachverhalts hat. Die Grenzen der Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe ergeben sich vielmehr aus der "begrenzten Mitteilbarkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen und Erwägungen"[239]. Revisibel sind also nur diejenigen Fehler bei der Subsumtion unbestimmter Rechtsbe-

---

235) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art.19 Abs.4 Randnr.36

236) JZ 1955, 102

237) Vgl. Jesch, AöR 86 (1961),492: "Dem Gesetzgeber (kann) nicht eine Abänderung des Art.19 IV GG offenstehen". Jesch lehnt daher den auf Mehrdeutigkeit gerichteten Willen des Gesetzgebers als dogmatische Begründung eines "Beurteilungsspielraums" (wie auch eines "Ermessensspielraums") ab und meint,daß nur der jeweils entscheidende Richter einen Beurteilungsspielraum in den Fällen anerkennen darf, "wo die gerichtliche Nachprüfbarkeit der richtigen Gesetzesauslegung durch die Verwaltungsbehörde auf praktisch unüberwindbare Schwierigkeiten stößt"; vgl.hierzu unten S.80

griffe im Strafverfahren, die das Revisionsgericht ohne eine unmittelbare mündliche Hauptverhandlung erkennen kann[240]. Nun ist das Verwaltungsgericht gegenüber der Verwaltungsbehörde auch Tatsacheninstanz. Dennoch ergibt sich aus dem Umstand, daß zunächst die sachnähere Verwaltungsbehörde den Sachverhalt unter einen unbestimmten Rechtsbegriff subsumiert und hernach das Gericht diese Subsumtion auf ihre Rechtmäßigkeit hin nachzuvollziehen hat, eine gewisse Parallele zu den Schwierigkeiten der Revisionsinstanz, die in dem "Problem der nicht mitteilbaren Imponderabilien"[241] liegt.

So gibt die Verwaltungsbehörde z.B. bei mündlichen Prüfungen oder bei Versetzungskonferenzen, wo der Gesamteindruck eines Schülers während einer längeren Zeitdauer für die Beurteilung zugrunde gelegt wird, ein unwiederholbares persönliches Fachurteil über die Qualifikation eines Prüflings oder eines Schülers ab. In diesen Fällen kann das Verwaltungsgericht die Beurteilung nicht in allen Punkten nachprüfen, da die Tatsachen, die der Beurteilung zugrunde liegen, mit der pädagogischen Wertung so eng verwoben sind, daß sie nicht losgelöst von dieser Wertung dem Gericht vorgetragen werden können[242]. Die Subsumtion dieser Tatsachen unter die pädagogischen Wertmaßstäbe kann deshalb nicht vom Gericht in vollem Umfange nachvollzogen werden. Um alle erheblichen Tatsachen für die Beurteilung zu ermitteln, müßte das Gericht z.B. eine Prüfung an Stelle der

---

238) JZ 1962,704

239) Warda, a.a.O.,S.76; vgl. auch Jesch, AöR 82 (1957), S.196 ff., 203

240) So K.Peters, Strafprozeß, 1952,S.517; Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953,S.432; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, Erl.5-7 zu § 337

241) Jesch, AöR 82 (1957),S.203

242) Vgl.Jesch,AöR 82(1957),S.230:"Die Subsumtion erfolgt also, ehe eine vollständige Auflösung des unbestimmten Begriffs in alle die Faktenbegriffe erfolgen kann,die für die Entscheidung des konkreten Falles maßgeblich sind".

Verwaltungsbehörde wiederholen. Das Gericht wäre dann aber nicht mehr Kontrollinstanz der Verwaltung, sondern eine Oberverwaltungsbehörde. Dies wird jedoch nicht mehr durch Art.92 GG und Art.19 Abs.4 GG gedeckt. Nach dem Willen des Gesetzes soll die pädagogische Beurteilung gerade die nach fachlichen Gesichtspunkten zusammengesetzte Prüfungskommission abgeben[243], und zwar in einer "besonderen Prüfungssituation"[244], die von den Verwaltungsgerichten nicht wiederholt werden kann[245]. Deshalb gibt die Verwaltungsbehörde z.B. bei mündlichen Prüfungen ein "unvertretbares Urteil" ab[246]. Dieses "unvertretbare Urteil" ist aber grundverschieden von einem "Beurteilungsspielraum"[247]. Der Verwal-

---

243) Vgl.BVerwGE 11,165 (167), Urt.v.19.10.1960
244) Vgl. Menger, Verw.Arch.54 (1963), S.296

245) Das drückt der Gesetzgeber z.B. durch die Formulierung aus: "Die Prüfung ist nicht bestanden, wenn die Leistungen in einem Prüfungsfach mit der Note '5' bewertet worden sind", im Gegensatz zu der Formulierung: "Die Prüfung ist nicht bestanden, wenn die Leistungen in mindestens einem Prüfungsfach nicht ausreichen" (vgl. Klein, JZ 1961,67 in der Anmerkung zu dem Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 20.10.1959). Allerdings muß im Gegensatz zu Klein,a.a.O., auch bei der ersteren Formulierung die Beurteilung der Verwaltungsbehörde so weit wie möglich daraufhin nachgeprüft werden, ob die in den Noten zum Ausdruck gekommene Bewertung tatsächlich durch die Leistungen gerechtfertigt wird, d.h. das Verwaltungsgericht muß bei schriftlichen Arbeiten vergleichbare Arbeiten zur Prüfung des Beurteilungsmaßstabes der Verwaltungsbehörde heranziehen, wenn dezidiert behauptet wird, daß andere gleichwertige Arbeiten besser zensiert wurden.

246) Vgl. Menger, Verw.Arch.54 (1963), S.296; Korbmacher, DÖV 1965, 703

247) Vgl. Menger, Verw.Arch.55 (1964), S.276 f., der allerdings neben dem "unvertretbaren Urteil" bei pädagogischen und dienstlichen Beurteilungen auch einen "Beurteilungsspielraum" bei unbestimmten Rechtsbegriffen anerkennt, weil "bei der Erfassung eines derartigen Begriffes voneinander abweichende Erkenntnisse möglich sind, die dann und deshalb als richtig hingenommen werden müssen, wenn und weil das menschliche Erkenntnisvermögen nicht groß genug ist, um den "Begriffskern" zu erfassen" (a.a.O. S.277).

tungsbehörde ist bei dem "unvertretbaren Urteil" rechtlich kein Spielraum für ihre Entscheidung eingeräumt. Zur Vermeidung von Irrtümern darf man hier auch nicht von einem tatsächlichen Spielraum sprechen, wenngleich ein enger Bereich der Subsumtion tatsächlich der gerichtlichen Kontrolle verschlossen bleibt[248]. Die uneingeschränkte Nachprüfungspflicht des Gerichtes bleibt nämlich bestehen. Der Richter hat hier die einzig vertretbare, d.h. richtige Auffassung zu ermitteln[249]. Wenn er dies tatsächlich nur bis zu dem Punkt vermag, wo die Beurteilung der Verwaltungsbehörde "unvertretbar" wird, so haben dann die Regeln über die objektive Beweislast im Sinne einer Feststellungslast einzugreifen[250]. Diese Beweislastregelung gilt aber nur für die Fälle, wo die Verwaltungsbehörde einen Sachverhalt in einer "besonderen Prüfungssituation" unter einen unbestimmten Rechtsbegriff zu subsumieren hat. Auch bei dienst-

---

248) Vgl. Kellner, DÖV 1962,578 ff., der den Ausdruck "Beurteilungsspielraum" ablehnt und dafür von einer "Beurteilungsermächtigung" sprechen will. Dies ist aber ebenfalls irreführend, da es sich bei dem "unvertretbaren Urteil" nicht um eine Ermächtigung zu einer "selbstbestimmten" Beurteilung handelt. Auch dort, wo die Behörde eigene generelle Beurteilungsmaßstäbe setzen darf (z.B. wieviel Probleme in einer Arbeit zu lösen sind, um eine bestimmte Note zu erzielen) bleibt ihre Beurteilung "fremdbestimmt", d.h. ein Prüfer darf nicht die vom Prüfling vertretene allgemeine Auffassung zu einem Problem als falsch bewerten und deshalb eine andere Note geben, nur weil er persönlich diesbezüglich anderer Meinung ist.

249) Anders gerade die "Vertretbarkeitslehre" von Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.326, die die verschiedenen "vertretbaren" Wertungen als "rechtlich gleichwertig" ansieht.

250) Ebenso Urt. des VG Frankfurt a.M. vom 20.10.1959, JZ 1961,65 (66); Kellner, DÖV 1962, 575; Czermak, DÖV 1962, 924; zur objektiven Beweislast vgl. BVerwGE 3,245; Lüke, JuS 1961, 44; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, § 86 Randnr.5 ff.

lichen Beurteilungen und bei Fähigkeitsnachweisen liegt nicht immer eine solche "besondere Prüfungssituation" vor. So hat der VIII.Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 26.9.1963[251] erkannt: Die Frage, ob das Verbleiben eines Soldaten auf Zeit in seinem Dienstverhältnis gemäß § 55 Abs.5 des Soldatengesetzes "die militärische Ordnung oder das Ansehen der Bundeswehr ernstlich gefährden würde", hängt nicht "von einem persönlichkeitsbedingten Werturteil ab, das nicht durch ein Gerichtsurteil ersetzt werden darf". Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb zu Recht jeden Spielraum für die Subsumtion des Sachverhalts unter diese unbestimmten Rechtsbegriffe abgelehnt. Fernerhin ist z.B. in den §§ 30 ff. Gewerbeordnung die Erteilung einer gewerberechtlichen Genehmigung von der "Sachkunde" des Gewerbetreibenden abhängig gemacht worden. Das Gericht steht in diesen Fällen in der gleichen Prüfungssituation wie die Verwaltungsbehörde und ist deshalb zur vollen Überprüfung der "Sachkunde" befähigt und verpflichtet[252].

Bachof[253], Ule[254] und Wolff[255] stützen ihre Lehre vom Beurteilungsspielraum eigentlich auf die Prämisse, daß bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes auf den Sachverhalt drei selbständige Erkenntnisakte voneinander unterschieden werden können: 1. die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes, 2. die Feststellung des Sachverhalts, 3. die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter den ausgelegten unbestimmten Rechtsbegriff[256]. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes und die Tatsachenfeststellung halten sie aus rechtsstaatlichen Gründen für

---

251) NJW 1964,741 (742)
252) ebenso Kellner, DÖV 1962,577
253) JZ 1955,99
254) Verwaltungsprozeßrecht, 1963,S.7
255) Verwaltungsrecht I, 1965, S.147
256) vgl.ebenso BVerwGE 2,184; 15,39 (41,42); dagegen aber zutreffend BVerwGE 13,327

voll nachprüfbar, nur bei der Subsumtion des Sachverhalts unter den ausgelegten Begriff wollen sie der Verwaltungsbehörde einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum zugestehen. Die Prämisse ist aber falsch. Die Trennung der Auslegung von der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes ist in sinnvoller Weise nicht möglich. Ein Begriff kann immer erst durch eine Reihe von Subsumtionen umfassend definiert werden[257]. Zudem zeigt erst die praktische Anwendung, ob der Sinn eines Begriffes richtig erkannt worden ist[258]. Wie Engisch[259] nachgewiesen hat, ist auch die Feststellung der Tatsachen und ihre Subsumtion unter das Gesetz so eng miteinander verknüpft, daß sich nach logischen Gesichtspunkten nicht entscheiden läßt, was noch Tatsachenfeststellung und was schon rechtliche Beurteilung ist. Es wird daher heute überwiegend anerkannt, daß die klare Scheidung von Rechts- und Tatfragen allein nach logischen Gesichtspunkten unmöglich ist.[260] Wenn also die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes und die Feststellung des Sachverhalts nach der Meinung von Bachof, Ule und Wolff in vollem Umfange nachprüfbar sind, so kann es auch für die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter den ausgelegten Begriff keinen gerichtsfreien Raum geben[261].

---

257) Vgl. Jesch, AöR 82 (1957),S.186 ff.,191: "Jede Interpretation ist antizipierte Subsumtion, jede Subsumtion zugleich aber auch eine Interpretation".

258) Vgl. Engisch, Einführung, S.57,70; Warda, a.a.O. S.68 ff.; Korbmacher, DÖV 1965,699

259) Logische Studien zur Gesetzesanwendung,S.102 ff., 111 ff.; vgl. ebenso: Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 1960, S.52 ff.,55; K.Peters, Strafprozeß, 1952,S.517 ff.; Henkel, Strafverfahrensrecht,1953,S.431; Warda, a.a.O. S.69

260) Vgl. Jesch, DÖV 1956, 77 ff.; Warda,a.a.O.,S.69 ff.

261) Ebenso Korbmacher, DÖV 1965,699; vgl. auch BayVGH I,8,38: "Auslegung und Anwendung des Rechtssatzes müssen sich entsprechen, beide stehen unter dem gleichen Gebot der Rechtsrichtigkeit, die nur eindeutig sein kann".

Es geht auch nicht an, mit Jesch[262] einen Beurteilungsspielraum bei Begriffen wie "öffentliches Interesse", "anständige Baugesinnung", usw. aus dem Umstand herzuleiten, daß solche Begriffe "im konkreten Fall nur bis zu einem gewissen Grad in Faktenbegriffe und diesen kongruente Rechtsbegriffe aufgelöst werden" können[263]. Da das Verwaltungsgericht auch Tatsacheninstanz ist, kann und muß es solche unbestimmten Rechtsbegriffe, die nicht in einer "besonderen Prüfungssituation"anzuwenden sind, sondern deren Beurteilung wiederholbar ist, kraft des Untersuchungsgrundsatzes gemäß § 86 VwGO selbständig soweit wie möglich in Faktenbegriffe und diesen kongruente Rechtsbegriffe auflösen. Sollte hierbei ein Restraum der Unauflösbarkeit verbleiben, was bei allen unbestimmten Rechtsbegriffen und nicht nur bei dem unbestimmten Rechtsbegriff "öffentliches Interesse", zutreffen könnte, so trägt nicht die Verwaltungsbehörde, sondern das Gericht für diesen Restraum die Verantwortung nach Art.92 GG und Art.19 Abs.4 GG. Die Verwaltungsbehörde ist zum öffentlichen Interesse dort, wo es in einer Rechtsnorm als unbestimmter Rechtsbegriff ausgelegt werden muß, nicht sachnäher als das Verwaltungsgericht. Wie bereits festgestellt wurde, kommt ein "öffentliches Interesse" nicht etwa durch die Anerkennung der Verwaltungsbehörde zur Entstehung. Ob im konkreten Falle ein "öffentliches Interesse" vorliegt, haben vielmehr die Behörde wie das Gericht objektiv nach den gesellschaftlichen Anschauungen zu ermitteln. Gericht und Behörde stehen dabei in der gleichen Prüfungssituation. Mit dem Argument von Jesch kann daher der Verwaltungsbehörde kein unüberprüfbarer Beurteilungsspielraum für den Begriff "öffentliches Interesse" zugestanden werden. Entweder ist der Begriff "öf-

---

262) AöR, 82(1957), S.230

263) Gegen Jesch auch Müller-Tochtermann, SchlHA 1962,161, allerdings m.E. mit nicht ganz zutreffender Begründung.

fentliches Interesse" auf Grund einer lege artis durchgeführten Interpretation ein "unbestimmter Rechtsbegriff", oder er ist ein "Ermessensbegriff". Tertium non datur[264].

IV.

Die Doppeldeutigkeit des Begriffes "öffentliches Interesse" in Lehre und Rechtsprechung

Seitdem v.Laun im Anschluß an Bernatzik die Kategorie des öffentlichen Interesses entdeckt zu haben glaubte, ist der Begriff "öffentliches Interesse" zu einem Angelpunkt der Ermessensdiskussion geworden. Autoren, die die Ambivalenz unbestimmter Gesetzesbegriffe anerkennen, sehen einesteils in dem Begriff "öffentliches Interesse" stets einen "Ermessensbegriff"[265], anderenteils stets einen "unbestimmten Rechtsbegriff"[266]. Diejenigen, die die Ambivalenz unbestimmter Begriffe leugnen, betrachten das "öffentliche Interesse" entweder ausnahmslos als voll nachprüfbaren "unbestimmten Rechtsbegriff"[267], oder als unbestimmten Rechtsbegriff mit "Beurteilungsspielraum", wobei die Autoren, die nur in Grenzfällen einen Beurteilungsspielraum anerkennen

---

264) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts,1961, S.79,Anm.4: "Neben Rechtsanwendung und Ermessen kann es kein Drittes geben"; vgl. ebenso Klein, AöR 82 (1957), S.112

265) So offenbar Bernatzik,Rechtsprechung und materielle Rechtskraft,1886,S.46; v.Laun,Das freie Ermessen und seine Grenzen,1910,S.66,70;vgl.dagegen aber S.128 ff., 160 ff.,205 ff.; Otto Mayer,Deutsches Verwaltungsrecht I,1923,S.99; Fleiner,Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1928,S.144;
ausdrücklich: Giese, JZ 1952,585; Schmidt-Brücken,DÖV 1949,43,der allerdings das "überwiegende öffentliche Interesse" stets als nachprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff ansieht.

266) So offenbar Scheuner,Verw.Arch.33(1928),S.69

267) Tezner,Zur Lehre von dem freien Ermessen,1888,S.35;

wollen, sich offenbar bei dem Begriff "öffentliches Interesse" mit denjenigen treffen, die immer einen Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen annehmen.[268]

Alle diese apodiktischen Behauptungen über den Begriff "öffentliches Interesse" lassen außer Acht, daß die Bedeutung einer Norm nicht aus einem unbestimmten Begriff abgeleitet werden kann, sondern umgekehrt die Bedeutung eines unbestimmten Begriffs aus dem Sinn und Zweck der Norm zu entwickeln ist[269]. Richtig ist daher nur die Auffassung der nicht gerade zahlreichen Autoren, die den Begriff "öffentliches Interesse" ausdrücklich je nach dem Sinn und Zweck der Norm bald als unbestimmten Rechtsbegriff, bald als Ermessensbegriff ausgelegt wissen wollen[270].

Die Rechtsprechung hat sich verständlicherweise vor kategorischen Feststellungen hinsichtlich der Rechtsnatur des Begriffes "öffentliches Interesse" zurückgehalten[271]. Wenn auch die meisten einschlägigen Urteile eine eingehende Stellungnahme vermissen lassen, so ist doch bei ihnen eine fallweise Auslegung des Begriffes "öffentliches Interesse" erkennbar. Das zeigt sehr deutlich die Rechtsprechung des II.Senats des OVG Hamburg. Während das Gericht in seiner

---

ders.,Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden,1924, S.29 ff.; Reuß, DVBl.1953,549; Dürig, JZ 1953,536

268) Bachof,JZ 1955,101; ders.in Anmerkungen zu Urteilen des BayVGH,BayVBl.1955,26 ff., und des BVerwG,DVBl. 1957,786; Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek,1955, S.325; ders.in Anm.zu einem Urt.des BayVGH,DVBl.1955, 253 ff.; Jesch, AöR 82(1957),S.218,230; Obermayer, NJW 1963,1178 ff.; vgl. auch Haas, MDR 1953,653 f., der allerdings noch von "Subsumtionsermessen" spricht.

269) Vgl. Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960, S.29

270) W.Jellinek,Gesetz 1913,S.69; Ottmar Bühler,Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung,1914,S.24 Anm.41; Hofacker,Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919, S.15, 189

271) Ausnahme z.B.: LVG Gelsenkirchen,Urt.v.13.10.1949, DVBl.1950,217,das den Begriff "öffentliches Interesse" schlechthin als überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet.

Entscheidung vom 16.10.1952[272] den Begriff "öffentliches Interesse" in § 23 des Ladenschlußgesetzes[273] als Ermessensbegriff ausgelegt hat, ist es in seinem Urteil vom 20.11.1952[274] zu dem richtigen Ergebnis gekommen, daß der Begriff "öffentliches Interesse" in § 6 Nr.3 des Wohnsiedlungsgesetzes als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen ist.

Zur Erhärtung der hier vorgetragenen Auffassung sollen noch einige Beispiele für die Doppeldeutigkeit des Begriffes "öffentliches Interesse" aufgezeigt werden, mit denen sich überwiegend schon die Rechtsprechung befaßt hat. Die Verwaltungsgerichte haben z.B. als voll überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff angesehen[275]:

das "öffentliche Interesse" an der sofortigen Vollziehung von Verwaltungsakten nach § 80 Abs.2,Ziff.4 der Verwaltungsgerichtsordnung[276];

das "öffentliche Interesse" gemäß § 2 Abs.1 Nr.4 des Gaststättengesetzes, das der Verwendung von Räumen für den Betrieb eines Schankgewerbes "widerspricht", weshalb keine Schankerlaubnis erteilt werden darf[277];

"dringende Gründe des öffentlichen Wohls", die gemäß Art.11 Abs.2 Ziff.2 der Bayerischen Gemeindeordnung vorliegen müssen, wenn Änderungen im Bestand oder Gebiet der Gemeinden gegen den Willen der beteiligten Gemeinderäte verfügt werden sollen[278].

---

272) Verw.Rspr. 5,870

273) Die Entscheidung erging noch zu dem gleichlautenden § 28 der Arbeitszeitordnung v.30.4.1938,der als § 23 in das Ladenschlußgesetz v.28.11.1956 übernommen wurde.

274) Verw.Rspr. 5,860

275) Hinsichtlich der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vor 1933,die in zahlreichen Entscheidungen den Begriff "öffentliches Interesse" nachgeprüft haben, vgl.die bei Krüger,Diss.1932,S.58 Anm.27 u.28 angegebenen Nachweise.

276) LVG Hannover v.28.10.1949,DVBl.1950,346; LVG Rheinland-Pfalz v.25.8.1951,DÖV 1952,414; vgl.ebenso Klinger,Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,§ 80,Anm.4 g

277) BVerwG v.1.3.1957,BVerwGE 4,305(307)

278) BayVGH v.23.7.1954,Verw.Rspr.7,Nr.125, S.592 ff.

Dagegen hat der I.Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinen beiden Urteilen vom 10.3.1954[279] und vom 11.10. 1956[280], sowie der VII.Senat im Urteil vom 30.10.1959[281] die "Interessen des öffentlichen Verkehrs" in § 9 des Personenbeförderungsgesetzes a.F. als Ermessensbegriff angesehen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof ist in seinem Urteil vom 18.2.1955[282] zu der gegenteiligen Ansicht gelangt, und zwar deshalb, weil er einen Rechtsanspruch auf die Zulassung zum Kraftdroschkengewerbe nach § 9 Abs.1 PersBefG a.F. anerkennen wollte[283]. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Beschluß vom 8.6.1960[284] zu der gleichen Auffassung bekannt und die Argumentation des Bayerischen VGH durch die verfassungskonforme Auslegung des § 9 PersBefG im Hinblick auf das Grundrecht der freien Berufsausübung (Art.12 GG) ergänzt: "Gesichtspunkte wirtschafts- und verkehrspolitischer Planung und Gestaltung", die an sich im Rahmen der Interessen des öffentlichen Verkehrs dem Ermessen der Verwaltung unterliegen[285], "müssen hier zurücktreten" mit "Rücksicht auf die Freiheit des einzelnen Unternehmers, die nur geschmälert werden darf, wenn es der Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes zwingend fordert"[286]. Diese Auslegung des § 9 Abs.1 PersBefG müssen und können die Gerichte überwachen, denn

---

279) BVerwGE 1,92
280) BVerwGE 4,89
281) BVerwGE 9,284

282) DVBl.1955,S.253 mit Anm.von Ule = BayVBl.1955,26 mit Anm.von Bachof. Ule und Bachof wollen entgegen demBayVGH der Verwaltungsbehörde hier einen Beurteilungsspielraum einräumen und offenbar deswegen keinen Rechtsanspruch auf die Zulassung zum Kraftdroschkengewerbe anerkennen.

283) "Ein Rechtsanspruch auf ein bestimmtes Handeln der Behörde und Handeln der Behörde nach Ermessen schließen sich gegenseitig aus", BayVGH a.a.O.

284) BVerfGE 11,168

285) So die Begründung der vorgenannten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE 4,89 ff.; 9,284 (285)

286) BVerfGE 11,168 (190)

der Begriff "Interessen des öffentlichen Verkehrs" ist als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen[287]. Das Bundesverfassungsgericht geht noch einen bedeutsamen Schritt weiter, indem es sagt: "Gegen eine Gesetzesbestimmung, die versuchen würde, den Gerichten diese Prüfung zu entziehen, indem sie die Genehmigung in das pflichtmäßige Ermessen der Verwaltungsbehörde stellt, bestünden verfassungsrechtliche Bedenken"[287]. Der Gesetzgeber kann also selbst nicht durch eine ausdrückliche Formulierung einen Ermessenstatbestand schaffen, wenn dadurch ein Grundrecht beeinträchtigt würde.

Das Bundesverwaltungsgericht hat daher auch in seinem Urteil vom 29.4.1964[288] die Ausnahmegenehmigung für ein Bauvorhaben im Außenbereich, die nach § 35 Abs.2 des Bundesbaugesetzes erteilt werden "kann", wenn "öffentliche Belange" nicht beeinträchtigt werden, nicht in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt, denn sonst ergäben sich Inhalt und Schranken des Eigentums nicht aus dem "Gesetz", wie Art.14 Abs.1 S.2 GG ausdrücklich verlangt. Der Begriff "öffentliche Belange" sei daher als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen, und wenn in § 35 Abs.2 BBauG stehe: sonstige Vorhaben "können" ... zugelassen werden, so hieße dies: "dürfen ... nur zugelassen werden" im Sinne von "sind ... zuzulassen"[289].

---

287) BVerfG, a.a.O. S.191; diese Auslegung gilt auch für den Begriff "öffentliche Verkehrsinteressen" in § 13 Abs.2 Nr.2 und Abs.3 des neugefaßten Personenbeförderungsgesetzes vom 21.3.1961.

288) DÖV 1964,383 (385)

289) Ob diese Entscheidung richtig ist, kann hier dahingestellt bleiben; vgl. Hans H.Klein, DÖV 1964,660, und Menger, Verw.Arch.56 (1965),S.88 ff., die den § 35 Abs.2 BBauG als Durchbrechung einer sogenannten repressiven Verbotsnorm ansehen und das Genehmigungserfordernis nach dem Bundesbaugesetz als "nicht nur zum Zwecke präventiver Kontrolle" gegeben betrachten,wie dies z.B. bei § 9 Abs.1 PersBefG, einer Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt, der Fall war. Insoweit sei also ein Ermessen der Behörde bei § 35 Abs.2 BBauG mit Art.14 GG vereinbar. Wenn man dieser Auffassung folgt,

Das Bundesverwaltungsgericht hatte schon in seinem Urteil vom 1.3.1960[290] zu § 6 Nr.3 des Gesetzes über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22.9.1933, wonach die Teilung oder Auflassung eines Grundstücks nicht genehmigt werden durfte, wenn ein "erhebliches öffentliches Interesse" entgegenstand, die Voraussetzungen für die Versagung der Genehmigung unter Berücksichtigung des Art.14 GG als "strikten Rechts" bezeichnet[291]. Nach h.M. ist es auch eine voll nachprüfbare Rechtsfrage und keine Ermessensfrage, ob eine Enteignung zum "Wohle der Allgemeinheit" gemäß Art.14 Abs.3 S.1 GG zulässig ist[292].

---

muß man den Begriff "öffentliche Belange" in § 35 Abs.2 BBauG als Ermessensbegriff ansehen.
Der BGH hat z.B. in seinem Urteil vom 19.12.1963 (DÖV 1964,423) den § 8 Ziff.23 der Bauordnung für Berlin von 1958 als repressive Verbotsnorm angesehen und deshalb den Widerruf der Befreiung von dieser Vorschrift nach pflichtmäßigem Ermessen aus sachgebotenen, willkürfreien Gründen für zulässig erachtet, ohne daß darin ein enteignender Eingriff zu erblicken wäre (vgl. aber hierzu die Kritik von Haselau, DÖV 1965, 453).
Das Bundesverwaltungsgericht hat z.B. auch in seinem Urteil vom 3.9.1963 (BVerwGE 16,301) das Ermessen der Verwaltung hinsichtlich eines Dispenses vom Bauverbot längs der Bundesfernstraßen nach § 9 Abs.1, Abs.8 des Bundesfernstraßengesetzes als verfassungsgemäß angesehen (a.A. Friauf, JuS 1962, 427); vgl. auch den Beschluß des BVerfG vom 16.6.1959 zum Hebammengesetz, BVerfGE 9,338 (353).

290) BVerwGE 10,202

291) Allerdings scheint das BVerwG, a.a.O., dann doch nur eine - wenn auch sehr weitreichende - Ermessensnachprüfung zuzulassen, wenn es sagt: Dem Verwaltungsgericht gebühre die Entscheidung darüber, "ob die Gesichtspunkte des 'erheblichen öffentlichen Interesses', die ihm die Behörde im einzelnen darzulegen hat, hinreichend konkretisiert, ihrer Art nach nicht sachfremd ... sind".

292) Vgl. BVerwG 1,143; Hamann, Das Grundgesetz, 1961, Art.14, Erl.9

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zeigt sehr deutlich, daß der Begriff "öffentliches Interesse" im Falle einer Grundrechtsbeeinträchtigung verfassungskonform als unbestimmter Rechtsbegriff ausgelegt werden muß. Doch nicht jede Eingriffsverwaltung ist eine Grundrechtsbeeinträchtigung und damit ermessensfeindlich[293]. Soweit Gegenstand, Zweck und Ausmaß einer Eingriffsermächtigung hinreichend bestimmt sind, kann der Verwaltung ein Ermessen eingeräumt sein, ob sie von den ihr gegebenen Verwaltungsmitteln Gebrauch machen will[294]. In solchen Fällen kann also auch der Begriff "öffentliches Interesse" ein Ermessensbegriff sein[295]. Insbesondere aber bei den Vorschriften der Daseinsvorsorge mag der Begriff "öffentliches Interesse" als Ermessensbegriff Verwendung finden[296]. Angesichts des durchnormierten Grundrechtskatalogs, der sowohl die Eingriffsverwaltung als auch die Leistungsverwaltung in ihrem Ermessen einschränkt, ist der Begriff "öffentliches Interesse" aber nur selten als Ermessensbegriff anzutreffen.

---

a.A.

293) Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.312, 328 f., der grundsätzlich bei allen belastenden Verwaltungsakten in der Verwendung unbestimmter Begriffe das Verbot zu Ermessensentscheidungen erblickt, da Ermessensbegriffe in der Eingriffsverwaltung "dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung widersprechen, den Vorbehalt des Gesetzes aushöhlen, die Trennung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung praktisch aufheben und damit die Struktur des Rechtsstaats zerstören".
Vgl. auch Reuß, DVBl.1953, 588 ff.

294) Vgl. die schon mehrfach erwähnten Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.1958, BVerfGE 8,274 (326) und vom 3.2.1959, BVerfGE 9,137 (147 ff.)

295) Vgl. BVerfGE 9,137 (150), wo das "öffentliche Interesse" offenbar als ungeschriebener Rahmen des Ermessensspielraums angesehen wird.

296) Auch Jesch, AöR 82 (1957),S.247 erkennt an, daß im Rahmen der Leistungsverwaltung der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden einen Spielraum zur Beurteilung von Rechtsfragen zuerkennen kann.
Vgl. auch BVerfG, Beschluß vom 5.4.1960, DVBl.1960, 512

Außer dem Beispiel des § 23 Ladenschlußgesetz sei hier noch der Fall des § 18 Abs.3 Kündigungsschutzgesetz genannt, wo der Begriff "öffentliches Interesse" unbeschadet des Art.12 GG und Art.14 GG ein echter Ermessensbegriff zu sein scheint. Nach dem Kündigungsschutzgesetz ist für Massenentlassungen während der Sperrfrist des § 15 KSchG und für die Verlängerung der Sperrfrist die Genehmigung des Landesarbeitsamtes erforderlich. Diese erteilt ein Ausschuß des Landesarbeitsamtes, der gemäß § 18 Abs.3 KSchG sowohl das Interesse des Arbeitgebers, als auch das der zu entlassenden Arbeitnehmer, das "öffentliche Interesse" und die Lage des gesamten Arbeitsmarktes unter besonderer Beachtung des Wirtschaftszweiges, dem der Betrieb angehört, zu berücksichtigen hat. Ob hier "das öffentliche Interesse an der Verhütung der Arbeitslosigkeit" oder "das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Betriebes auf gesunder finanzieller Grundlage" letztlich den Vorrang haben soll, stellt eine wirtschaftspolitische Entscheidung dar und muß daher dem Ermessen des Landesarbeitsamtausschusses überlassen bleiben[297].

Ferner dürfte der Begriff "öffentliches Interesse" oft dort ein Ermessensbegriff sein, wo er in einer Ermächtigungsnorm zu einer Rechtsverordnung erscheint. Das ist z.B. der Fall in § 55d Abs.2 der Gewerbeordnung, wo der Bundesminister für Wirtschaft ermächtigt wird, eine Rechtsverordnung für die Ausübung des Reisegewerbes durch Ausländer "unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses" u.a. zu erlassen. Daß aber auch in solchen Fällen der Grundrechtskatalog für die Qualifizierung des "öffentlichen Interesses" entscheidend ist, zeigen die unterschiedlichen Erkenntnisse des OVG Münster vom 1.8.1962[298] und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes vom 13.11.1953[299],

---

297) Vgl. Hueck, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, § 18 Anm.11

298) DVBl. 1963,66

299) BayVGH I 7,12 (21)

sowie vom 17.3.1961[300] zum Begriff des"öffentlichen Interesses an der Einführung eines Benutzungszwangs", den die Gemeinden nach den Gemeindeordnungen durch Satzung erlassen können. Während das OVG Münster mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Begriff des "Bedürfnisses" nach bundesgesetzlicher Regelung in Art.72 Abs.2 GG dem Ortsgesetzgeber einen Ermessensspielraum bei der Anwendung des Begriffes "öffentliches Interesse" zubilligt, sieht der Bayerische Verwaltungsgerichtshof das "öffentliche Interesse" hier unter dem Gesichtspunkt des Art.14 GG als unbestimmten Rechtsbegriff an.

Die vorstehenden Erörterungen haben gezeigt, daß der Begriff "öffentliches Interesse" je nach Auslegung der betreffenden Gesetzesvorschrift als unbestimmter Rechtsbegriff oder als Ermessensbegriff aufzufassen ist, jedoch in keinem Falle als unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum angesehen werden kann. Damit ist die dogmatische Grundlage für die Auslegung des Begriffes "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" geschaffen. Als Kriterium für einen Ermessensbegriff ist die Freiheit der Wahl zwischen mehreren Zwecken und mehreren Mitteln festzuhalten. Durch den Grundrechtskatalog kann aber dieses Kriterium eine gewisse Korrektur erfahren, wenn die verfassungskonforme Auslegung einer Norm zur Annahme eines unbestimmten Rechtsbegriffes zwingt, obwohl die typischen Merkmale für eine Ermessensermächtigung vorliegen. Wie ferner herausgearbeitet wurde, genügt der Begriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmbarkeit und Voraussehbarkeit eines unbestimmten Rechtsbegriffes. Eine wichtige Grundlage für die weiteren Erörterungen wurde mit der Erkenntnis gewonnen, daß der Begriff "öffentliches Interesse" in Verbindung mit dem Rechtsfolgebegriff "kann" entweder eine einheitliche Ermessensermächtigung dar-

300) DÖV 1962,426 f.

stellt, wenn das "öffentliche Interesse" als Ermessensbegriff ausgelegt werden muß, oder eine Kann-Vorschrift in Wirklichkeit eine Muß-Vorschrift ist, wenn darin das "öffentliche Interesse" als "unbestimmter Rechtsbegriff" aufzufassen ist.

2. K a p i t e l

Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" als modifiziertes Legalitätsprinzip

I.

Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip im Strafverfahrensrecht

Nach § 160 Abs.1 StPO hat die Staatsanwaltschaft zu ihrer Entschließung "darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist", den Sachverhalt einer jeden mit Strafe bedrohten Handlung zu "erforschen", sobald sie nur "von dem Verdacht einer strafbaren Handlung Kenntnis erhält". Entdeckt die Staatsanwaltschaft dabei "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte", so hat sie gemäß § 152 Abs.2 StPO "wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten". Wenn die Ermittlungen sogar "genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage" bieten, so muß die Staatsanwaltschaft sie auch entweder durch einen Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung oder durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht gemäß § 170 Abs.1 StPO erheben. Die Staatsanwaltschaft braucht jedoch dann nicht wegen "aller" mit Strafe bedrohten Handlungen "einzuschreiten", also auch nicht die öffentliche Klage zu erheben, "soweit gesetzlich ein anderes bestimmt ist" (§ 152 Abs.2 StPO).

Die genannten Vorschriften begründen das strafprozessuale Legalitätsprinzip. Die in diesen Paragraphen enthaltenen unbestimmten Gesetzesbegriffe sind nicht dem "Ermessen" der Staatsanwaltschaft, sondern ihrer eindeutigen Kognition anvertraut. Für die Annahme "zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte" genügt weder eine bloße Vermutung[1],

---

1) "Nicht nur die Möglichkeit, sondern eine gewisse, wenn

noch ist andererseits ein "hinreichender" (vgl. § 203 StPO) oder gar "dringender" Tatverdacht (vgl. §§ 111a, 112 StPO) erforderlich[2]. Es liegen vielmehr immer schon bei einfachem Tatverdacht "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte" für ein Einschreiten gemäß § 152 Abs.2 StPO vor. Einfacher Tatverdacht ist auch "genügender Anlaß" für die öffentliche Klage, die durch Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung erhoben wird[3]. Dagegen ist bei unmittelbarer Klageerhebung durch Einreichung einer Anklageschrift ein "hinreichender" Tatverdacht notwendig, da anderenfalls das Gericht nicht die Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 203 StPO beschließen darf[4]. Bei einem "hinreichenden" Tatverdacht hat wenigstens die "Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung" zu bestehen, d.h. die "positiven Gründe" müssen die Zweifel an der Begehung der

---

auch zweifelhafte Wahrscheinlichkeit", die durch Tatsachen belegt ist, muß für das "Einschreiten" gefordert werden (Müller, KMR, § 152 Anm.3b).

Dagegen genügt die bloße Möglichkeit einer strafbaren Handlung, um die Verpflichtung und Berechtigung der Staatsanwaltschaft zu begründen, einen "Sachverhalt" gemäß § 160 Abs.1 StPO zu "erforschen" (vgl. Lüttger, GA 1957,194). Es muß aber auch hier schon ein "individualisierter Tatverdacht" bestehen (vgl. Bader, JZ 1951, 188).

2) Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, § 152 Anm.2

3) Schwarz-Kleinknecht, a.a.O. § 170 Anm.1 B

4) Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.,§ 170 Anm.1 A; Lüttger, GA 1957,195 mit Nachweisen der h.M. Dies gilt auch für das beschleunigte Verfahren (§ 212 StPO) und das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO), da anderenfalls der Richter wegen Ungeeignetheit des beschleunigten Verfahrens (§ 212b Abs.1,S.1 StPO), bzw. Bedenken gegen das Strafbefehlsverfahren (§ 408 Abs.1, S.2 StPO) das betreffende Verfahren ablehnen muß (Lüttger, a.a.O., S.207 f.).

Tat "überwiegen"[5], wohingegen bei "einfachem" Tatverdacht noch die Zweifel an einer strafbaren Handlung stärker sein können als die Gründe, die für die Tat sprechen. Für den "hinreichenden" Tatverdacht, der den"genügenden Anlaß" für die Erhebung der öffentlichen Klage durch Einreichung einer Anklageschrift begründet, ist darüber hinaus noch eine eindeutige Prognose der Staatsanwaltschaft erforderlich, ob die vorhandenen Beweismittel dem Gericht mit "Wahrscheinlichkeit" die volle Überzeugung von der Schuld des Täters zu verschaffen vermögen[5], d.h. auch hier: die positiven Gründe für die Überführung des Täters in der Hauptverhandlung müssen die Zweifel "überwiegen"[6].

Die Staatsanwaltschaft hat also keinen Beurteilungsspielraum zwischen "einfacher" und "hoher" Wahrscheinlichkeit der Begehung einer strafbaren Handlung und ihres gerichtlichen Nachweises in der Hauptverhandlung[7]. Sie muß stets schon bei einfachem Tatverdacht - also einer noch "zweifelhaften" Wahrscheinlichkeit - "einschreiten"[8] und "Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung" stellen und erst bei "hinreichendem" Tatverdacht - also einer "einfachen" Wahrscheinlichkeit der Verurteilung - öffentliche Klage erhe-

---

5) Lüttger, GA 1957,S.196 f.; Genzel, Diss.1960, S.210; Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 1929, S.83,221,224

6) Die Wahrscheinlichkeit, daß die Beweismittel zur Verurteilung ausreichen werden, ist bei dem Antrag auf Voruntersuchung, was in der Sache liegt, nicht erforderlich. Ebenso können dort die Zweifel an der Schuld des Täters noch überwiegen (vgl. Kohlhaas, Lö-Ro, § 170 Anm.4).
So im Ergebnis auch Lüttger, a.a.O.,S.205, der die "zweifelhafte Wahrscheinlichkeit" allerdings als bloße "Möglichkeit" bezeichnet. Die "bloße Möglichkeit" einer strafbaren Handlung reicht hier aber nicht aus,da nur bei "zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten" "eingeschritten" werden darf (§ 152 Abs.2 StPO).

7) Lüttger, a.a.O. S.198 f.
a.A. Burchardi-Klempahn, Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet, 1956, Rdnr.173

8) Soweit nicht "gesetzlich ein anderes bestimmt ist", z.B. "dringender Tatverdacht" wie bei dem Antrag auf Erlaß eines Haftbefehls (§ 112 StPO) erforderlich ist.

ben[9]. Wenn es auch im Einzelfall recht problematisch werden kann, ob "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte" zum Einschreiten vorliegen oder "genügender Anlaß" für die Erhebung der öffentlichen Klage besteht, so hat die Staatsanwaltschaft dennoch keine Wahlmöglichkeit zwischen dem Einschreiten, bzw. der Anklageerhebung und der Einstellung des Verfahrens. Die Staatsanwaltschaft muß hier die der Rechtsidee nach einzig richtige Entscheidung treffen. Man darf daher ihre Entschließung nicht als "Ermessensentscheidung" bezeichnen[10], wie dies sehr häufig geschehen ist[11].

---

9) Die "Wahrscheinlichkeit der Verurteilung" ist nicht nach Deliktskategorien zu differenzieren, z.B. ist nicht eine geringere Wahrscheinlichkeit für Übertretungen und eine größere für Verbrechen zu fordern (Lüttger, a.a.O.,S.200). Diesbezüglich ist auch nicht auf die Persönlichkeit und das Vorleben des Beschuldigten abzustellen (Lüttger, a.a.O.,S.201; a.A. Burchardi-Klempahn, a.a.O.,Rdnr.175). Einschlägige Vorstrafen können allein nicht die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Tatbegehung begründen oder vergrößern. Nur ähnliche Tatumstände vermögen dies eventuell.

10) ebenso Kohlhaas, GA 1956, S.242; Genzel, Diss.1960,S.102

11) So auch bei Lüttger, a.a.O. S.203, der aber eine Wahlmöglichkeit ausdrücklich verneint. Lüttger meint hier offenbar - wie die meisten anderen Autoren - das oben abgelehnte "Auslegungsermessen".
Vgl.ferner: Glaser, Handbuch des Strafprozesses, 1883, S.226; Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts,1893, S.213; Brendle-Wetzel, Diss.1911, S.20 ff.; Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, 1929, S.59,133; Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953,S.190,358; Kern, Strafverfahrensrecht, 1965, S.50,161; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 152 Anm.11 sieht die Frage der "zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte" als "Ermessensfrage" an; ders., Lehrkommentar I,Rdnr.386: "Damit dringt in die praktische Verwirklichung des Legalitätsprinzips ein unvermeidlicher Ermessensgesichtspunkt ein".

Nach Kohlhaas, Lö-Ro, § 152 Anm.6 und § 170 Anm.4 ist es eine Ermessensentscheidung, ob weiter ermittelt werden soll; vgl. auch Germann, SchZSt.77 (1961),S.9; dagegen vermeiden die Kommentare zur StPO von Müller-Sax (KMR) und Schwarz-Kleinknecht hier mit Recht den Ausdruck Ermessen. Bei "bloßer Möglichkeit" einer strafbaren Handlung, wobei aber schon der Tatverdacht "individualisiert" sein muß, hat die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt erstmals zu "erforschen" (§ 160 Abs.1 StPO). Ergibt sich

Wenn das Oberlandesgericht im Klageerzwingungsverfahren nach § 174 Abs.1 StPO selbständig zu prüfen hat, ob ein "genügender Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage" besteht, so ersetzt es hierbei nicht etwa das Ermessen der Staatsanwaltschaft durch sein eigenes Ermessen, sondern es muß ebenso wie zuvor die Staatsanwaltschaft eine eindeutige Beurteilung über diese Verfahrensvoraussetzung abgeben. Das gleiche gilt für das Gericht, das gemäß § 203 StPO über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu befinden hat. Das strafprozessuale Legalitätsprinzip ist also wie das staatsrechtliche Legalitätsprinzip ein ermessensfeindliches Prinzip. Insofern steht es in einem erklärten Gegensatz zum strafprozessualen Opportunitätsprinzip, soweit dieses als Ermessensprinzip definiert wird[12].

Unter dem Legalitätsprinzip im Strafverfahrensrecht versteht man überwiegend die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, wegen aller gerichtlich strafbaren Handlungen die Strafverfolgung einzuleiten und gegebenenfalls bis zu einem gerichtlichen Abschluß zu bringen. Einige Autoren bezeichnen das Legalitätsprinzip ungenau nur als Pflicht zur Anklageerhebung[13]. Das Wort "einschreiten" in § 152 Abs.2 StPO bezieht sich jedoch nicht allein auf die Erhebung der

---

dabei ein "einfacher" Tatverdacht,d.h. die zweifelhafte Wahrscheinlichkeit einer Tatbegehung, so muß die Staatsanwaltschaft nach § 152 Abs.2 StPO "einschreiten", d.h. weiter ermitteln, bis sie zu der Überzeugung gelangt, daß entweder ein "hinreichender" Tatverdacht für die unmittelbare Anklageerhebung besteht oder nicht besteht. Diese drei Stufen der Beurteilung eines Tatverdachts stellen keine Ermessensentscheidung dar.

12) Dieser Gegensatz von Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip ist dagegen in der Literatur oft verwischt worden. Vgl. z.B. Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, 1880, S.407; Ullmann, a.a.O.,S.213 f.; Oetker, GS 105 (1935), S.371 ff.,381; vgl. neuerdings auch Geerds, SchlHA 1964,62, der das Legalitätsprinzip und das Opportunitätsprinzip nur als "rechtsprogrammatische Hilfsbegriffe" betrachtet.

13) So z.B. v.Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts,1892,S.266 f.; Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, 1929, S.63

öffentlichen Klage. Der Staatsanwalt schreitet z.B. auch ein, wenn er einen Antrag auf Einziehung von instrumenta sceleris bei dem zuständigen Gericht stellt. Er braucht hier nicht in "allen" Fällen "einzuschreiten", da die §§ 42 StGB, 430 ff. StPO "gesetzlich ein anderes bestimmen". Es kann sich also bei diesen Vorschriften nur um eine Ausnahme vom Verfolgungszwang, nicht aber um eine Ausnahme vom Anklagezwang handeln. Das wird hier besonders hervorgehoben, weil man sich offenbar in der Literatur nicht immer des Unterschiedes von Anklagezwang und Verfolgungszwang bewußt war, so daß den Behauptungen über die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vielfach verschiedene Vorstellungen zugrunde gelegen sind. Sinnvollerweise rechnet man aber alle Strafverfolgungstätigkeiten, zu der die Staatsanwaltschaft nach dem Gesetze verpflichtet ist, ohne daß ihr dabei ein Ermessensspielraum zusteht, unter das Legalitätsprinzip, wie dies die überwiegende Meinung auch tut[14].

Noch größere Verständigungsschwierigkeiten haben sich bei dem Begriff des Opportunitätsprinzips im Strafverfahrensrecht ergeben. Kern[15] definiert das Opportunitätsprinzip folgendermaßen: "Nach diesem Grundsatz wäre die Staatsanwaltschaft berechtigt, aus Gründen der Zweckmäßigkeit (= Opportunität) die Strafverfolgung nach ihrem Ermessen auch zu unterlassen, z.B. wegen der zu hohen Kosten, oder mit Rücksicht auf einen bestimmten Angeklagten in hoher Stellung oder zur Vermeidung eines öffentlichen Skandals oder aus außenpolitischen Erwägungen". Diese Auffassung vom Opportunitätsprinzip geht zurück auf die Definition des Begriffes Opportunität, wie sie von Mittermaier[16] formuliert wurde: "Ganz allgemein bedeutet er (der Begriff der Opportunität) die Zulassung von nicht strafrechtlichen Zweckerwägungen bei der Strafverfolgung des Staates, also

---

14) Vgl. Heyden, Diss.1961, S.3 f.
15) Strafverfahrensrecht, 1965, S.49
16) Bei Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906,S.149

sowohl von politischen wie fiskalischen wie von sonstiger Rücksichtnahme auf 'öffentliche Interessen'"[17]. Kern nimmt offenbar an, daß das Opportunitätsprinzip in dieser Bedeutung seine Verwirklichung u.a. in den §§ 153 Abs.1 und 2, 376 StPO und § 232 Abs.1 StGB gefunden hat, denn er führt diese Bestimmungen in unmittelbarem Anschluß an seine oben zitierte Definition als Beispiele für das Opportunitätsprinzip an[18]. Dagegen hatte Mittermaier im Anschluß an seine Definition der Opportunität bemerkt, daß der Begriff der Opportunität nicht feststehe und daher nicht nur "in schroffem Gegensatz zur Legalität" aufgefaßt werden müsse. Er könne auch bedeuten, "daß die Opportunität nur das Strafamt des Staates mildere und von 'unpraktischer Konsequenzmacherei' fernhalte"[19]. Im Hinblick auf die Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses von 1905 sagt Mittermaier dann weiter: "Ich glaube wohl nicht fehl in der Annahme zu gehen, daß wir heute fast einstimmig nur die Opportunität erstreben, die der Legalität ihre Schärfe nehmen soll".

---

17) Vor dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung im Jahre 1879 galt in Deutschland überwiegend das Opportunitätsprinzip für die Strafverfolgung. Sundelin, GS 14 (1862), S.357 ff. zählte damals u.a. folgende zulässige Opportunitätsgesichtspunkte für das Absehen von der Strafverfolgung auf: die Rücksichtnahme auf unentbehrliche Beamte (a.a.O.,S.369), die Bewahrung eines wichtigen Geheimnisses für den Staat, eine Gefahr für die öffentliche Ruhe und Ordnung oder für die auswärtige Politik oder für den Bestand des Staates (a.a.O. S.372), sowie die Rücksichtnahme auf prozessuale Zweckmäßigkeiten und Kostenerwägungen (a.a.O., S.365). Sundelin lehnte aber ein diskretionäres Ermessen der Staatsanwaltschaft aus administrativen Nützlichkeitsrücksichten, wie speziellen und untergeordneten Verwaltungsinteressen, ab (a.a.O., S.373 f.).

18) Kern, a.a.O.,S.51 ff. und S.44

19) Mittermaier bei Aschrott, a.a.O.,S.150; ebenso schon Heinze, GA 24 (1876), S.295

Pfenninger[20] hatte diese andere von Mittermaier angedeutete Auffassung vom Opportunitätsprinzip im Auge, wenn er das Problem der Strafverfolgungspflicht auf die Frage reduzierte: "Soll die Strafpflicht abstrakt generell (Legalität) oder soll sie konkret in jedem einzelnen Fall (Opportunität) bestimmt werden?" Das Opportunitätsprinzip kann also auch bedeuten, daß die Staatsanwaltschaft nicht wie beim Legalitätsprinzip unterschiedslos alle mit Strafe bedrohten Handlungen verfolgen und anklagen muß, sondern daß sie diese Verpflichtung nur unter weiteren gesetzlich bestimmten Voraussetzungen, z.B. wenn die Schuld nicht gering und die Folgen der Tat nicht unbedeutend sind (§ 153 Abs.2 StPO a.F.), trifft. Die Staatsanwaltschaft würde dann nicht dem generellen Verfolgungs- und Anklagezwang unterliegen, sondern dem Verfolgungs- und Anklagezwang im Einzelfall, d.h. sie hat, bevor die Verfolgungspflicht feststeht, zunächst den Fall unter eine entsprechende Prozeßnorm zu subsumieren, wobei nach heutiger Auffassung nicht mehr von einem "Auslegungsermessen" gesprochen werden darf[21]. Solche Ausnahmen von der generellen Verfolgungs- und Anklagepflicht sind scharf zu unterscheiden von dem Verfolgungs- und Anklageermessen im Sinne einer Wahlmöglichkeit der Entscheidung. Die Verfolgungs- und Anklagepflicht im Einzelfall sollte man daher nicht unter das strafprozessuale Opportunitätsprinzip rechnen, sondern die-

---

20) SchwZSt.31 (1918), S.137. Vgl. auch neuerdings Heinitz, in Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.332 f.,334,der § 153 StPO zum Opportunitätsprinzip rechnet, aber die Einstellung des Verfahrens gemäß dieser Vorschrift nicht als eine Ermessensentscheidung auffaßt.

21) Pfenninger,SchwZSt.66(1951),S.132 unterstellt allerdings die Frage, "ob im Einzelfall die straflose Hinnahme einer an sich strafbaren Handlung im öffentlichen Interesse verantwortet werden könne", dem "pflichtgemäßen Ermessen" der Staatsanwaltschaft. De lege ferenda fordert Pfenninger für das schweizerische Recht,daß auch dem Richter erlaubt sein solle,"wo er im Gegensatz zum Staatsanwalt findet, die Anklage hätte unterbleiben können, seiner Meinung durch Freispruch Ausdruck geben zu dürfen" (a.a.O.,S.134).

ses entsprechend dem Gebrauch im Staats- und Verwaltungsrecht nur als Verfolgungs- und Anklageermessen definieren.

Dieser Begriff des Opportunitätsprinzips sagt streng genommen nichts darüber aus, ob der Richter an das Verfolgungs- und Anklageermessen des Staatsanwalts gebunden ist, oder ob er, wie z.B. bei dem objektiven Verfahren gemäß § 42 StGB, §§ 430 ff. StPO, sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Staatsanwalts setzen darf, indem er durch Beschluß oder Urteil (§ 431 Abs.1 und 4 StPO) die Einziehung eines instrumentum sceleris entweder verfügt oder ablehnt. Zweifelhaft kann sein, ob nur die Fälle zu dem Opportunitätsprinzip zu zählen sind, bei denen die Staatsanwaltschaft allein die Opportunitätsentscheidung hinsichtlich der Einstellung eines Verfahrens trifft. Dann würde § 153a StPO, wonach die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts von der Erhebung der öffentlichen Klage Abstand nehmen kann, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte, nicht unter das Opportunitätsprinzip fallen. Denn hier kommt es allein auf das Ermessen des Gerichts an, ob eingestellt werden soll. Der Staatsanwalt stellt nur eine Prognose hinsichtlich der zu erwartenden Ermessensentscheidung des Gerichts. Bei positiver Prognose legt er die Entscheidung ebenso in die Hand des Gerichts wie bei negativer Prognose. Klagt der Staatsanwalt nämlich im letzteren Fall an, so bleibt es immer noch der Ermessensentscheidung des Gerichtes überlassen, ob es hernach im Urteil von Strafe absieht und damit praktisch das Ergebnis einer Einstellungsverfügung doch noch herbeiführt. § 153a StPO muß aber dennoch zum Opportunitätsprinzip gerechnet werden, denn für die Definition des Opportunitätsprinzips ist in sinnvoller Weise allein darauf abzustellen, ob ein Organ der Strafjustiz bei der Beurteilung der Voraussetzungen der Strafverfolgung eine Ermessensbefugnis hat, gleichgültig, ob hierbei die Entscheidung der Staatsanwaltschaft oder die des Gerichtes den Ausschlag gibt[22].

22) Vgl. Heyden, Diss.1961, S.7 f.

Dagegen gilt in sinnvoller Definition das Legalitätsprinzip überall dort, wo die Organe der Strafrechtspflege unmittelbar gemäß dem Gesetz und nicht nach ihrem Ermessen verfolgen. Die Fälle des Verfolgungs- und Anklagezwangs im Einzelfall gehören also auch zum Legalitätsprinzip. Um aber hiervon den generellen Verfolgungs- und Anklagezwang zu unterscheiden, sollte man den Verfolgungs- und Anklagezwang im Einzelfall als modifiziertes Legalitätsprinzip kennzeichnen. Der Ausdruck Legalitätsprinzip für die Fälle des Verfolgungs- und Anklagezwanges im Einzelfall ist auch im Hinblick auf die Formulierung des § 152 Abs.2 StPO berechtigt, weil hier die Staatsanwaltschaft auch wegen "aller" gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten hat, die unter die weiteren gesetzlich bestimmten Voraussetzungen der Strafverfolgung fallen. Unter dem Gesichtspunkt des modifizierten Legalitätsprinzips erscheinen die zahlreichen Bekenntnisse zum Legalitätsprinzip[23], die seit dem Erlaß der Reichsstrafprozeßordnung von 1877 immer wieder gegen eine geplante neuerliche Veränderung des bestehenden Rechtszustandes abgegeben wurden, in einem anderen Lichte[24].

Die dogmatische Begründung des strafprozessualen Legalitätsprinzips im Sinne eines ermessensfeindlichen Prinzips ist darin zu erblicken, daß eine "gleichmäßige" und "gerechte" Strafverfolgung nur durch das strikte Gesetz gewährleistet wird. Im Unterschied zum Staats- und Verwaltungsrecht ist bei der Strafverfolgung für die Berücksichtigung von Umständen, die gesetzlich nicht für alle möglichen Fälle sachgerecht im voraus geregelt werden können, so daß nur eine

---

23) Vgl. neuerdings Wagner,in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S.173

24) Zur Geschichte des Legalitätsprinzips und zu den Reformbestrebungen seit 1877 vgl. insbes. die Dissertationen von Richter, Göttingen 1925; Hertz, Freiburg 1935; Faden, Tübingen 1948; Hans Dietz,Tübingen 1949; Schürer, Hamburg 1965.

Ermessensentscheidung dem Einzelfall gerecht zu werden vermag, kein Raum. Den Umständen des Einzelfalles kann und muß der Richter bei der Strafzumessung Rechnung tragen. Darüber hinaus haben besondere Umstände, soweit das Gesetz ihre Berücksichtigung nicht generell für alle Fälle wie beim modifizierten Legalitätsprinzip zugelassen hat, bei der Strafverfolgung außer Betracht zu bleiben. Die Gerechtigkeit verlangt, daß alle, die den Tatbestand eines Strafdeliktes schuldhaft verwirklicht haben, zunächst einmal ohne Unterschied nach dem Gesetz und nicht nach strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Ermessenserwägungen den Unannehmlichkeiten eines Verfahrens vor dem Strafrichter ausgesetzt werden. Für Billigkeitserwägungen ist dann bei der Strafzumessung immer noch Raum. Für außerstrafrechtliche Zweckmäßigkeitserwägungen ist dagegen in einem Strafverfahren ohnehin kein Platz, da sie sachfremde Erwägungen darstellen.

Nur in wenigen Ausnahmefällen, die nicht die alltägliche Kriminalität, sondern strafrechtliche Ausnahmesituationen betreffen, wie z.B. die Ausdehnung der deutschen Strafgerichtsbarkeit auf die im Ausland begangenen Delikte (vgl. § 153b StPO), hat der Prozeßgesetzgeber außerstrafrechtliche Zweckerwägungen für die Strafverfolgung zugelassen. Auch prozeßökonomische Zweckmäßigkeitserwägungen haben nur in sehr beschränktem Umfang in unserem Strafprozeß Eingang gefunden (vgl. u.a. die §§ 154, 154a StPO). Die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip, zu denen noch später Stellung genommen wird, erscheinen in der Mehrzahl berechtigt. Wo sich regelmäßig Umstände ergeben,die einer starren gesetzlichen Regelung nicht zugänglich sind, die aber im Interesse der Allgemeinheit Berücksichtigung verdienen, bleibt dem Gesetzgeber nichts anderes übrig, als den Organen der Strafjustiz eine Ermessensbefugnis zu gewähren.Aber nur für die typischen Fallkonstellationen,die stets die Gefahr in sich bergen, daß sie bei einer starren gesetzlichen Regelung die unliebsame Konsequenz herbeiführen: "fiat iustitia, pereat mundus", ist eine gesetzliche Ermächtigung zu einer Ermes-

sensentscheidung mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar. Die "Gleichmäßigkeit" der Strafverfolgung wäre auch in diesen Fällen zu einem gewissen Grade verbürgt, da auch für strafprozessuale Ermessensentscheide der Gleichheitssatz gemäß Art.3 GG gilt. Die "Gerechtigkeit" dagegen würde in diesen Fällen der Zweckmäßigkeit zu folgen haben.

Das Legalitätsprinzip ist schon immer als Garantie einer gleichmäßigen und gerechten Strafrechtspflege angesehen worden[25]. So wurde auf dem 29.Deutschen Juristentag in Karlsruhe im Jahre 1908 das Gutachten von Ullmann, der das Legalitätsprinzip für alle Vergehen einschränken und alle Übertretungen einem uneingeschränkten Opportunitätsprinzip unterstellen wollte, von einer knappen Zweidrittelmehrheit abgelehnt, und auf Antrag der Berichterstatter Graf Gleispach und Feisenberger u.a. der Beschluß gefaßt: "Das Legalitätsprinzip, eine der wichtigsten Garantien einer gleichmäßigen und unabhängigen Rechtsprechung, des Vertrauens des Volkes in die Strafrechtspflege, hat das Verfahren wegen kriminell strafbarer Handlungen auf dem ganzen Gebiete der öffentlichen Anklage zu beherrschen"[26].

---

25) Vgl. Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1900,S.275; Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953,S.110; Görcke, ZStW 73 (1961),S.572; Wagner, in: Festschrift für den 45.Deutschen Juristentag, 1964,S.173; vor allem Willms, JZ 1957,465; ders. Staatsschutz im Geiste der Verfassung, 1962,S.33;ders. JZ 1965,96. Willms weist nachdrücklich darauf hin, daß das "Wesen des Legalitätsprinzips in der Beachtung des Grundsatzes der Gleichheit aller vor dem Gesetz im Strafverfahren liegt", was nicht genügend beachtet würde.

26) Olshausen, Der deutsche Juristentag, Eine Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum, 1910, S.448 .
Wie weit man sich dagegen von dieser Auffassung nach 1933 abgewandt hat, zeigen die Ausführungen von Becker, DJ 1936,1160: "Ebensowenig, wie das Opportunitätsprinzip zugunsten 'einer Partei' gehandhabt werden kann, weil es nur eine staatstragende Bewegung gibt, müssen die liberalen Sicherungsvorkehrungen gegen die aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgten Entscheidungen der Staatsführung in einem künftigen Strafverfahren in Wegfall kommen". Das Legalitätsprinzip wollte man zwar

Neben der Begründung des Legalitätsprinzips als der Garantie einer gleichmäßigen und gerechten Strafverfolgung hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß das Legalitätsprinzip der staatlichen Justizgewährungspflicht entspricht[27]. Während des Mittelalters diente die Fehde als staatlich anerkannte Selbsthilfe zur Wahrung und Durchsetzung eines Rechtes[28]. Das Rechtsinstitut der Fehde entstammte germanischem Rechtsdenken,das von einer staatlichen Aufgabe der Justizgewährung noch nichts wußte. In der Übergangszeit vom Mittelalter zur Neuzeit wurde in dem Bemühen, die staatliche Rechtspflege wirksamer zu gestalten, das Fehdewesen wesentlich eingeschränkt und schließlich durch den Ewigen Landfrieden von 1495 gänzlich verboten[29]. Im Verlaufe dieses geschichtlichen Prozesses ist das Recht des Verletzten "zur Strafe" in das Recht des Verletzten "auf Strafe", d.h. auf Bestrafung des Verbrechers durch den Staat und schließlich mit Einführung des Inquisitionsprozesses in das "Recht des Staates zur Strafe" übergegangen[30]. Mit der

---

als Grundsatz beibehalten, aber es sollte nicht mehr als Garantie einer gleichen und gerechten Handhabung der Strafrechtspflege, sondern als Ausdruck der natürlichen Funktionszuweisung an die Staatsanwaltschaft aufgefaßt werden (vgl. Freisler in der Einführung zu den Aufsätzen in DStrR 1935,Heft 8-11, die sich mit dem Entwurf einer Strafverfahrensordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes der sogenannten Vorkommission von 1933/34 befassen. Vgl. ferner Lautz, in: Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission 1938,S.99.) Diese Auffassung ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben, vgl. Faden, Diss.1948, S.23,33. Erst durch die 4.VO zur weiteren Anpassung der Strafrechtspflege an die Erfordernisse des totalen Krieges von 1944 (RGBl.I,S.339) wurde das Legalitätsprinzip vollkommen aufgehoben und die Staatsanwaltschaft auch bei Verbrechen ermächtigt, das Verfahren einzustellen, wenn die Strafverfolgung im Kriege nicht zum Schutz des Volkes erforderlich ist.

27) Niese, SJZ 1950,S.895; Eb.Schmidt,Lehrkomm.I,S.216; "Daß es aber durchaus beachtliche, auch mit der Gerechtigkeit vereinbare Interessen des Staates geben kann, die Verfolgungspflicht einzuschränken, kann nicht bezweifelt werden" (Eb.Schmidt, a.a.O.).

28) Vgl. Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, S.35

29) Zur Ausnahme des Fehdeverbots gem.Art.129 der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 vgl. Eb.Schmidt, a.a.O.,S.36

Übernahme des Strafanspruchs vom Verletzten auf den Staat[31] hat dieser auch die Verpflichtung übernommen, dem Verletzten Genugtuung zu verschaffen, indem er den Straftäter entweder selbst durch seine Verfolgungsorgane anklagt, oder dem Verletzten ein Klagerecht in die Hand gibt[32]. Soweit der Staat dem Verletzten kein Privatklagerecht gewährt hat, also das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft und das Offizialprinzip herrschen läßt, muß auf Grund der Justizgewährungspflicht des Staates das Legalitätsprinzip gelten. Früher hat man daher das Legalitätsprinzip auch als Ausfluß des Offizialprinzips angesehen[33].

Die Begründung des Legalitätsprinzips aus der Justizgewährungspflicht und aus dem Offizialprinzip hat in erster Linie den durch die Straftat Verletzten im Auge, der in seinem Genugtuungsrecht beeinträchtigt wird, wenn die Tat unverfolgt bleibt. Bei der oben gegebenen rechtsstaatlichen Begründung des strafprozessualen Legalitätsprinzips, die sich an die Argumentation im Staats- und Verwaltungsrecht anlehnt, steht dagegen der Beschuldigte im Vordergrund,

---

30) Vgl. Binding, Abhandlungen II,1915, S.167 ff.

31) Um Vergleiche mit einem Privatrechtsanspruch zu vermeiden, sollte man nicht von einem staatlichen "Strafanspruch" reden, sondern nur von dem Recht des Staates zu strafen (vgl. Henkel, a.a.O.,S.121).

32) Zur Problematik des Rechtes "auf Strafe" und "zur Strafe" vgl. Pfenninger, SchwZSt.31 (1918),S.61 ff. Pfenninger lehnt ein Recht des Verletzten "auf Strafe" und damit die Regelung der Privatklagedelikte ab (a.a.O.,S.119 ff.) und anerkennt nur ein "Recht des Staates zur Strafe". Er läßt somit das Gemeininteresse allein für die Frage der Bestrafung und Verfolgung maßgebend sein. Die Antragsdelikte hält er nur insoweit für vereinbar mit dem Materialprinzip, als bei ihnen das Einzelinteresse ohne Schaden für das Gemeininteresse berücksichtigt zu werden verdient (a.a.O.S.97 ff.). Zum "staatlichen Strafanspruch" vgl. auch Gärtner, Diss.1964, S.36 ff.

33) Vgl. Heinze, GA 24(1876),S.295; Bennecke, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts,1895,S.165; dagegen jedoch Bennecke-Beling,Lehrb.d.Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1900, S.274.

der zumindest in seinem Recht auf Gleichbehandlung beeinträchtigt wäre, wenn er verfolgt wird, obwohl andere bei der gleichen Tat regelmäßig unverfolgt bleiben. Beide Begründungen des Legalitätsprinzips ergänzen sich also.

Allerdings müßte man auf Grund der Justizgewährungspflicht des Staates verlangen, daß dem Verletzten, soweit er durch eine Strafnorm geschützt ist, in den Fällen des Verfolgungsermessens und des modifizierten Legalitätsprinzips ein prozessuales Mittel gegeben wird, sich selbst Genugtuung zu verschaffen, wenn die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen den Täter einstellt. So hat denn Wagner[34] neuerdings wieder die Einführung der subsidiären Privatklage vorgeschlagen. Wenn man jedoch die subsidiäre Privatklage zuließe, würde die private Willkür in nicht zu vertretender Weise in das Strafverfahren Eingang finden. In den Fällen des Legalitätsprinzips und des modifizierten Legalitätsprinzips wäre dann eine gleichmäßige und gerechte Strafrechtspflege, die doch das Legalitätsprinzip im rechtsstaatlichen Sinne gebietet, nicht mehr gewährleistet. Für den Verletzten stellt das Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO das geeignete Mittel dar, seiner Ansicht vor einem Gericht Geltung zu verschaffen. Das Klageerzwingungsverfahren gilt allerdings seit der Neufassung des § 172 Abs.2 StPO durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8. 1953[35] nicht mehr für die Fälle des modifizierten Legalitätsprinzips. Die Justizgewährungspflicht des Staates gebietet m.E. zwingend, hier die alte Regelung vor 1953 wieder einzuführen. In diesen Fällen eine subsidiäre Privatklage zu gewähren, wäre dagegen verfehlt. Die Einführung einer subsidiären Privatklage ist nur für die Fälle des

---

34) in Festschrift für den 45.Deutschen Juristentag, 1964, S.174 f.

35) BGBl. I S.735

Verfolgungsermessens zu erwägen und hier auch nur für die praktisch unbedeutenden Fälle, wo die Verfolgung gänzlich unterbleiben kann[36], wie das bei Auslandsdelikten gemäß § 153b StPO der Fall ist. Ganz unbedenklich erscheint dies aber nicht, denn es bedeutet für den Beschuldigten einen erheblichen Unterschied, ob die Verfolgung in das pflichtgemäße Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt ist, oder daneben noch privater Willkür überlassen bleibt. Die Strafprozeßordnung hat, wenn man von der Besonderheit der Antragsdelikte, die keine Privatklagedelikte sind, absieht, der privaten Willkür des Verletzten nur bei den Privatklagedelikten in dem eindeutig zu begrenzenden Raum zwischen Geringfügigkeit der Schuld (vgl. § 383 Abs.2,S.1 StPO) und Erheblichkeit der Schuld und Folgen (vgl. § 376 StPO, "öffentliches Interesse" an der Strafverfolgung) einen Einfluß auf die Verfolgung und Verurteilung eines Täters gegeben. Diese Lösung entspricht zwar der Justizgewährungspflicht des Staates, dem rechtsstaatlichen Erfordernis einer gleichmäßigen und gerechten Strafrechtspflege scheint sie aber auf den ersten Blick zuwider zu laufen. Wenn sich jedoch der Staat in diesem Bereich gänzlich einer Verfolgungstätigkeit enthält, so ist die private Willkür des Verletzten für den Beschuldigten immer noch günstiger, als wenn in allen diesen Fällen der Staat selbst die Verfolgung - und sei es nur nach pflichtgemäßem Ermessen - übernehmen müßte. Deshalb widerspricht auch die Regelung der Antragsdelikte, die keine Privatklagedelikte sind, nicht dem Rechtsstaatsprinzip, da hier der Beschuldigte ebenfalls nur besser gestellt ist. Wo der Staatsanwalt aber selbst ein Verfolgungsermessen hat, da würde die Willkür des Verletzten das Erfordernis der Pflichtmäßigkeit des Ermessens aufheben, wodurch zum Nachteil des Beschuldigten zumindest die Gleichmäßigkeit der Strafverfolgung nicht mehr gewährleistet

---

36) also z.B. nicht in den Fällen der §§ 154, 154a StPO

wäre. Aus diesem Grunde wäre es verfehlt, in den Fällen des Verfolgungsermessens eine subsidiäre Privatklage zuzulassen. Aus diesen Überlegungen geht auch hervor, daß die Justizgewährungspflicht des Staates nur so weit geht, als sie mit einer gleichmäßigen und gerechten Strafrechtspflege vereinbar ist. Die oben gegebene rechtsstaatliche Erklärung stellt also gegenüber der "Justizgewährungspflicht" die höherwertige dogmatische Begründung für das Legalitätsprinzip und die grundsätzliche Ablehnung des Opportunitätsprinzips im Strafverfahren dar.

Einig ist man heute darin, daß das Legalitätsprinzip sich nicht notwendig aus dem staatlichen "Strafanspruch" ergibt[37], da das Recht des Staates, zu strafen, nicht in jedem Falle eine Verurteilung des Täters gebietet. Nur die absoluten Straftheorien verlangen, daß jede Straftat ihre Sühne findet[38], die relativen Straftheorien lassen als "Nützlichkeitstheorien" auch die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses und des Interesses des Verletzten bei der Frage der Verfolgungspflicht zu[39]. Eine Strafnorm kann ihren Abschreckungszweck schon durch ihre bloße Existenz erfüllen, ohne daß es für die Verbrechensvorbeugung

---

37) Mittermaier bei Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906, S.149; Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.385

38) Vertreter dieser Ansicht waren u.a.: von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S.105,267; Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S.64,69, der Ausnahmen vom Legalitätsprinzip nur insoweit für zulässig erachtete, "als die Aussicht besteht, daß dem Verbrecher, wie bei den im Ausland begangenen oder bei den mittels Privatklage verfolgbaren Verbrechen, schon von anderer Seite werde vergolten werden" (Birkmeyer, GS (1906), S.421).
Gegen diese Auffassung: Bennecke-Beling, Lehrbuch d.Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1900, S.218; "Das Strafklagerecht ist Recht, nicht Pflicht".
vgl. auch Pfenninger, SchwZSt. 31 (1918), S.135 ff.

39) Auf den Zusammenhang zwischen den Strafrechtstheorien und dem Legalitätsprinzip, bzw.dem Opportunitätsprinzip hatte schon von Holtzendorff, Rechtslexikon, 1881, Artikel: Opportunitätsprinzip, S.953, hingewiesen.

erforderlich ist, auch alle geringfügigen Verstöße gegen sie zu verfolgen.

Das Legalitätsprinzip bedeutet also, daß die Staatsanwaltschaft - und auch das Gericht - bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Strafverfolgung streng dem Gesetz, und zwar im Sinne des ius cogens unterworfen ist. Daraus folgt: die Staatsanwaltschaft ist nicht an eine "gefestigte" höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden[40], da Richterrecht nur Einzelfallgerechtigkeit schafft, diese aber noch nicht die Qualität eines ius cogens besitzt[41]. Unter Hinweis auf Pohle[42] bemerkt hierzu Eb.Schmidt richtig, "daß 'Richterrecht keine der Gesetzgebung vergleichbare Rechtsschöpfung darstellt', denn das 'Richterrecht' ist variabel und kann jederzeit durch neue höchstrichter-

---

40) Nur um die Bindung der Staatsanwaltschaft an die "feste" höchstrichterliche Rechtsprechung herrscht lebhafter Streit, da bei einer "unsicheren" Rechtsprechung die Staatsanwaltschaft nach h.M. selbständig an Hand der anerkannten Auslegungsregeln prüfen muß, ob die Anklage rechtens ist (vgl. u.a. Dünnebier, JZ 1961, 312 Anm.2; dagegen aber Nüse, JR 1964,284, der jeder höchstrichterlichen Entscheidung Bindungswirkung zuerkennt; vgl. ebenso Schäfer, Lö-Ro, Einl.,S.121 f.); indes ist auch die Frage, wann man von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung reden darf, umstritten (vgl. Schwalm in seinem Referat auf dem 45. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen für den 45. Deutschen Juristentag, 1964,Bd.II (Sitzungsberichte) S D 7 ff.). Das Problem der Bindungswirkung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Staatsanwaltschaft war Gegenstand der Verhandlungen des 45.Deutschen Juristentages im Karlsruhe (1964), auf dem es aber wegen der Gegensätzlichkeit der Auffassungen nicht zu einer Beschlußfassung kam (vgl. NJW 1964,2098; JZ 1964,726 und die Diskussionsbeiträge auf dem 45.Deutschen Juristentag, Verhandlungen 1964, Bd.II S.D 65 ff.).

41) Vgl. oben S.44 ff.

42) Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 1964, Einl. C V

liche Entscheidungen verändert werden, die dann ihrerseits als 'richterrechtliche Rechtsfortbildungen' angesehen werden wollen"[43]. Sollte eine feste höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bildung von Gewohnheitsrecht geführt

---

43) Eb. Schmidt, MDR 1964, 718; vgl. ebenso Arndt, NJW 1961, 1617; Sarstedt, NJW 1964, 1756.

Dagegen meint Nüse, JR 1964, 283 im Anschluß an Schäfer, Lö-Ro, Einl. S. 121 f., daß das "Richterrecht" "innerhalb der höchsten Gerichte kraft der Vorlagepflicht nach § 121 GVG zu einer Bindung führt", und der Staatsanwalt deshalb "im Rahmen des § 121 GVG auch an das Richterrecht gebunden ist" (vgl. auch die Begründung des BGH im Urt. vom 23.9.1960, NJW 1960, 2348). § 121 Abs. 2 GVG, der im Interesse einer einheitlichen "höchstrichterlichen" Rechtsprechung geschaffen worden ist, durchbricht aber nicht den Grundsatz der Freiheit der Gerichte von Präjudizien, da ein Oberlandesgericht ja nicht ein abweichendes Präjudiz des BGH oder eines anderen Oberlandesgerichts übernehmen muß, sondern auf Grund der Vorlagepflicht nur seine Zuständigkeit, über die streitige Rechtsfrage selbst verbindlich zu entscheiden, an den BGH verliert. Aus § 121 GVG kann daher nicht eine Vorlagepflicht des Staatsanwalts an das eröffnende Gericht bei abweichender Rechtsauffassung hergeleitet werden (vgl. Groß, Diss. 1963, S. 58 ff.). Es ist etwas anderes, ob bei divergierender Rechtsprechung statt des Oberlandesgerichts der Bundesgerichtshof in letzter Instanz über die streitige Rechtsfrage entscheidet, oder ob die Staatsanwaltschaft bei ablehnender Haltung zur ständigen Rechtsprechung den Beschuldigten überhaupt erst dem gerichtlichen Verfahren aussetzen muß. Wenn Schäfer, a.a.O., die Stellung der Staatsanwaltschaft als "Herrin" des Vorverfahrens in bezug auf die abschließende Entscheidungsbefugnis mit der Stellung des Revisionsgerichts als "Herrn" des Hauptverfahrens vergleicht und daraus folgert, daß die Staatsanwaltschaft ebenso wie das Revisionsgericht an eine höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist, so scheint er zu übersehen, daß im Falle des § 121 Abs. 2 GVG aus rechtseinheitlichen Gründen nicht das Oberlandesgericht, sondern der BGH in Wahrheit das Revisionsgericht ist. Der BGH ist aber nur an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 31 Abs. 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht gebunden.

haben, was zum konstanten Gerichtsgebrauch noch "eine allgemeine (diesem gegenüber selbständige, ihn tragende) Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen voraussetzt"[44], so kann dennoch einer solchen gewohnheitsrechtlichen Bildung angesichts des Verfassungsgrundsatzes "nullum crimen sine lege" (Art.103 Abs.2 GG) und des § 2 Abs.1 StGB nicht die Qualität eines ius cogens und damit Bindungswirkung für die Staatsanwaltschaft zuerkannt werden[45].

Der Bundesgerichtshof hat allerdings in seinem viel umstrittenen Urteil vom 23.9.1960[46] obiter dictum einen anderen Standpunkt zur Bindung der Staatsanwaltschaft an eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung vertreten. Aus Anlaß der Verfolgung von Staatsschutzdelikten hat er dort nachdrücklich betont: "Besteht genügender Anhalt dafür, daß der Verdächtige gemäß fester höchstrichterlicher Rechtsprechung verurteilt werden wird[47], so hat die Anklagebehörde gemäß dem Legalitätsgrundsatz Anklage zu

---

44) Eb.Schmidt, MDR 1961, 273

45) Eb.Schmidt, a.a.O.; zustimmend Arndt, NJW 1961, 1617; ebenso Groß, Diss. 1963, S.73 ff.; Sarstedt, NJW 1964, 1756; Nowakowski, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages 1964, Bd.I, Teil 2, S.2 ff.,9.

a.A. Lüttger, GA 1957,212; Dünnebier, JZ 1961, 313 f.; Kohlhaas, DRiZ 1964, 289; Schwalm, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages 1964, Bd.II S.D 12; Herrmann in seinem Referat auf dem 45. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, 1964, Bd.II,S.D 43

46) NJW 1960,2346 = BGH 15,155

47) Wenn dagegen der Verdächtige gemäß fester höchstrichterlicher Rechtsprechung freigesprochen würde, so halten auch die Vertreter der Bindungswirkung überwiegend die Staatsanwaltschaft nicht für verpflichtet, das Verfahren einzustellen. Der Staatsanwalt dürfe dann "durch Darlegung seiner Rechtsüberzeugung im Zuge einer Anklage erneut und immer wieder" das Gericht zur Überprüfung einer gefestigten Rechtsprechung zwingen (Sax,KMR,Einl.3 II b,S.33).Einschränkend jedoch Schwalm, a.a.O.,S.D 30

erheben ..."[48]. Anderenfalls würde "der Legalitätsgrundsatz durchbrochen", "die Einheit der Rechtsanwendung und die Gleichheit vor dem Gesetz unzulässig (beeinträchtigt) und die Gewaltentrennung außer acht (gelassen)". "Die rechtsprechende Gewalt wäre im Ergebnis, entgegen Art.92 GG, nicht mehr den Richtern anvertraut, sondern vermöge des Anklagemonopols des § 152 StPO ohne die Möglichkeit gerichtlicher Entscheidung blockiert, sofern der Staatsanwalt der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht beitritt"[49].

Gegenüber dem neuartigen Argument des Bundesgerichtshofs, daß die Gewaltentrennung verletzt würde[50], hat Eberhard Schmidt[51] zu Recht festgestellt: Die Staatsanwaltschaft ist ein von den Gerichten gemäß § 150 GVG unabhängiges "Organ der Rechtspflege"[52]. Sie hat, wie das Gericht selbst, nur dem "Recht" mit der "Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit" zu dienen und ist deshalb nur in den gesetzlich ausdrücklich normierten Fällen der §§ 175,208 Abs.2, 458 Abs.2 StPO an die Rechtsansicht der Gerichte gebunden. Hält also die Staatsanwaltschaft die höchstrichterliche Rechtsprechung, derzufolge "genügender Anlaß" zur

---

48) Ebenso: von Kries, Lehrb.des deutschen Strafprozeßrechts,1892,S.483 f.; Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich,1898,§ 168 Anm.5; Peters, ZStrW 68(1956),383 f.; Burchardi-Klempahn, Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet,1956,S.90,174; Schäfer, Lö-Ro,Einl.S.121 f.; Kohlhaas,Lö-Ro,§ 170, Anm.5; ders. DRiZ 1964,290: soweit durch die Rechtsprechung "Recht" in "gesetzesgleicher Form" geschaffen ist; Nowakowski, a.a.O.,S.36 ff.; Schwalm,a.a.O., S.D 26 ff.; Nüse,JR 1964,282; Sax, KMR, Einl.3 II b, S.33; Lüttger, GA 1957,212, der aber bei "neu auftauchenden triftigen oder gar zwingenden Gründen" der Staatsanwaltschaft eine Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gestattet; ebenso Dünnebier, JZ 1961,314.

49) BGH NJW 1960,2348

50) Gegen dieses Argument des BGH auch die Mehrzahl der Vertreter der Bindungswirkung, vgl.Dünnebier und Kohlhaas,a.a.O.

51) MDR 1961,270 f.

Erhebung der öffentlichen Klage bestehen würde (§ 170 Abs.1 StPO), für falsch, so kann sie nur im Wege des Klageerzwingungsverfahrens durch Beschluß des Oberlandesgerichts gemäß § 175 StPO zur Anklage entgegen ihrer Rechtsüberzeugung gezwungen werden. Sobald aber die Staatsanwaltschaft gemäß dem Beschluß des Oberlandesgerichtes die öffentliche Klage bei dem zur Eröffnung des Verfahrens zuständigen Gericht erhoben hat, lebt nach richtiger Ansicht ihre Selbständigkeit wieder auf. Sie darf daher in der Hauptverhandlung ihre eigene Rechtsansicht vertreten und auf Freispruch plädieren[53].

Das fernere Argument des Bundesgerichtshofs, daß Art.92 GG der Staatsanwaltschaft verbiete, dem Richter eine Rechtsprechungsaufgabe zu entziehen[54], läuft auf die Behauptung hinaus, daß das Rechtsprechungsmonopol gemäß Art.92 GG den Vorrang der Gerichte in der Rechtsanwendung gegenüber dem Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft begründe, was zu einem "Vorgriffsverbot" der Staatsanwaltschaft führe[55]. Hierzu ist folgendes zu sagen: Rechtsprechung im Sinne des Art.92 GG ist nur die das Hauptverfahren beendende Entscheidung des Gerichts, weil sie ein "Rechts- und Wahrspruch" auf Grund der Wahrheitsermittlung eines unabhängigen Organs der Rechtspflege (Art.97 Abs.1 GG) darstellt und deshalb mit "Rechtskraftwirkung" ausgestattet ist[56]. Dagegen ist die "Außerverfolgungssetzung" eines Be-

---

52) Vgl. eingehend unten S.313 ff.

53) Eb.Schmidt, MDR 1961,271. Die meisten Vertreter der Bindungswirkung sind ebenfalls der Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft "in der Hauptverhandlung" frei ist. Vgl. Nüse, JR 1964,284.

54) Hauptsächlich mit diesem Argument wird die Bindungswirkung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung u.a. auch von Nowakowski und Nüse, a.a.O. begründet.

55) So Schwalm, a.a.O. S.D 26 ff.

56) Vgl. unten S.322 ff.

schuldigten im staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren oder ihr Gegenteil, die Erhebung der öffentlichen Klage, nur eine vorläufige Entscheidung über die Frage der strafrechtlichen Verantwortung eines Verdächtigen. Stellt der Staatsanwalt das Verfahren ein, so erläßt er keinen "Rechts- und Wahrspruch", was in der Natur der Sache liegt. Seine Entscheidung hat daher auch keine Rechtskraftwirkung. Die Subsumtion eines Sachverhalts unter das Strafgesetz seitens des Staatsanwalts ist also nicht "Rechtsprechung" im Sinne des Art.92 GG, die allein den Gerichten vorbehalten ist. Der Staatsanwalt kann deshalb den Gerichten auch keine Rechtsprechungsaufgabe entziehen, wenn er entgegen der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung die Anklage unterläßt. Wäre die Rechtsanwendung des Staatsanwalts im Vorverfahren in Wirklichkeit "Rechtsprechung", so würde entweder die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft nach den §§ 146, 147 GVG oder das gesamte staatsanwaltschaftliche Vorverfahren mit Art.92 GG unvereinbar sein. Davon kann aber keine Rede sein[57].

Nowakowski[58] gelangt jedoch auf Grund der Prämisse, daß der Staatsanwalt kein "Vorrichter" ist, zu der entgegengesetzten Schlußfolgerung, nämlich, die Staatsanwaltschaft sei an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden, weil diese gemäß Art.92 GG Vorrang habe. Art.92 GG besagt aber doch nur, daß die "Rechtsprechung" den Gerichten vorbehalten ist, nicht aber, daß die Rechtsanwendung der Gerichte in jedem Falle einen Vorrang vor der Rechtsanwendung eines anderen Justizorgans oder einer Behörde hat. Soweit eine Rechtsprechungsaufgabe vorliegt, ist die Rechtsansicht der Gerichte nicht etwa bloß vorrangig gegenüber anderen Meinungen, sondern sie stellt die allein maßgebliche Ansicht dar, weil das Gericht "ausschließlich" gemäß Art.92 GG zur

---

57) Vgl. unten S. 328

58) a.a.O., S.36 f.

Entscheidung berufen ist. Eine Rechtsprechungsaufgabe für die Gerichte entsteht aber nur dort, wo ein Rechtssubjekt "Recht sucht" und ihm im Einzelfalle hierfür die prozessuale Befugnis verliehen ist, vor einem Gericht "Recht zu nehmen" (vgl. Art.19 Abs.4 GG). Ruft der Bürger z.B. gegen eine Maßnahme der Verwaltungsbehörde das Verwaltungsgericht an, so erwächst erst dadurch dem Gericht die Rechtsprechungsaufgabe, einen verbindlichen "Wahr- und Rechtsspruch" über die tatsächlichen und rechtlichen Fragen des von der Behörde entschiedenen Einzelfalles zu erlassen. Die Rechtsanwendung des Gerichtes "ersetzt" dann diejenige der Verwaltungsbehörde. Über die Rechtskraftwirkung des Einzelfalles hinaus vermag daher die Rechtsauffassung des Gerichtes nicht die Verwaltungsbehörde zu binden. Die Behörde kann gleichliegende Fälle nach ihrer eigenen Rechtsüberzeugung weiterhin anders entscheiden. Sie läuft dann allerdings Gefahr, auf ein Rechtsmittel des Betroffenen hin sich der Rechtsauslegung der Verwaltungsgerichte in dem angefochtenen Fall wieder beugen zu müssen. "Praktisch" wird daher die Verwaltungsbehörde sich an die Rechtsprechung der Gerichte halten, wenn ein Beteiligter über Art.19 Abs.4 GG die Möglichkeit hat, vor einem Gericht "Recht zu nehmen".

Nichts anderes gilt in dieser Hinsicht für die Staatsanwaltschaft. Der Staat nimmt im Strafverfahren vor seinem eigenen Gericht durch das Organ der Staatsanwaltschaft Recht und ordnet sich damit bezüglich seiner "Strafansprüche" in rechtsstaatlicher Form der unabhängigen rechtsprechenden Gewalt unter, wie Eb.Schmidt[59] treffend festgestellt hat. Aber nur soweit der Staat Recht nimmt, also Anklage durch die Staatsanwaltschaft erhebt, ordnet er sich der Rechtsauffassung der Gerichte unter, denn nur insoweit entsteht eine Rechtsprechungsaufgabe, die gemäß

---

59) Lehrkommentar I, Randnr.97,106

Art.92 GG allein den Gerichten vorbehalten ist[60]. Wenn im Gegensatz zu anderen Verfahrensregelungen der Staat im Strafprozeß auf die Möglichkeit der Klagerücknahme gemäß § 156 StPO verzichtet hat, so ist damit zum Ausdruck gekommen, daß nach der Erhebung der öffentlichen Klage die Rechtsprechung der Gerichte nicht mehr durch eine andere Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft, die sie möglicherweise erst im Hauptverfahren erlangen konnte, blockiert werden darf. Auf Grund der einmal erhobenen öffentlichen Klage muß im Interesse einer gleichmäßigen und gerechten Strafrechtspflege und nicht zuletzt im Interesse des Angeklagten ein "Wahr- und Rechtsspruch" des Gerichtes ergehen. Es ist deshalb sachgerecht, wenn durch § 156 StPO dem einen Organ der Strafjustiz, das gleichermaßen nur dem "Recht" mit der "Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit" zu dienen verpflichtet ist, verboten wird, dem anderen Justizorgan, nämlich dem Gericht die einmal erwachsene Rechtssprechungsaufgabe wieder zu entziehen. Über das Hauptverfahren hinaus hat die Rechtsauffassung des Gerichts aber keinen Vorrang vor der Ansicht der Staatsanwaltschaft, weil im staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren eben nicht im Sinne des Art.92 GG "Recht gesprochen" wird. Deshalb greift die Staatsanwaltschaft auch nicht dem Gericht vor, wenn sie sich bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Erhebung der öffentlichen Klage nicht an die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung hält.

In unserem anklageförmigen Strafprozeß hat aus wohlerwogenen Gründen die Staatsanwaltschaft die Entscheidungsbefugnis im Vorverfahren. Wem aber die Entscheidungsbefugnis zusteht, "hat nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen auch die Verantwortung für die Entscheidung zu übernehmen", wie Herrmann[61] in seinem Referat auf dem

---

60) Auch Herrmann, a.a.O.,S.D 57 f.und Sarstedt,NJW 1964, 1753 f. weisen darauf hin, daß Art.92 GG nur soweit gilt, als ein Gericht überhaupt angerufen wird. Sie

45.Deutschen Juristentag in Karlsruhe im Jahre 1964 zu diesem Thema richtig bemerkt hat. Leverenz[62] sagt im Zusammenhang mit der Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft ebenfalls: "Es ist ein unserer Verfassung immanenter Grundsatz, daß Überzeugungen nicht auswechselbar sind". Die Staatsanwaltschaft kann deshalb nicht gezwungen sein, entsprechend einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung entgegen ihrer eigenen Rechtsüberzeugung anzuklagen. Dies würde m.E. auch ohne die ausdrückliche gesetzliche Regelung des § 150 GVG, wonach die Staatsanwaltschaft "in ihren amtlichen Verrichtungen von den Gerichten unabhängig" ist, gelten.

Die Gegenmeinung beruft sich zu Unrecht auf die §§ 175 und 208 Abs.2 StPO, die die Staatsanwaltschaft zur Anklage nach Maßgabe eines Gerichtsbeschlusses zwingen. Der Beschluß des Oberlandesgerichts im Klageerzwingungsverfahren gemäß § 175 StPO fällt m.E. ebensowenig unter den Begriff der "Rechtsprechung" im Sinne des Art.92 GG wie der Eröffnungsbeschluß gemäß § 208 Abs.2 StPO nach vorangegangener gerichtlicher Voruntersuchung. Nicht alles, was von Gerichten entschieden wird, gehört darum zu dem materiellen Begriff der Rechtsprechung, wie ihn Art.92 GG meint. In beiden Fällen erläßt hier das Gericht nicht einen "Wahr- und Rechtsspruch", sondern nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil über Tatverdachtsfragen. Beide Beschlüsse haben daher auch keinerlei Rechtskraftwirkung. Wenn die Staatsanwaltschaft gemäß § 208 Abs.2 StPO eine Anklageschrift

---

scheinen aber dabei einen formellen Begriff der rechtsprechenden Gewalt im Auge zu haben, während die hier vorgetragene Auffassung von einem materiellen Begriff der Rechtsprechung ausgeht.
Vgl. dazu unten S.

61) a.a.O.,S.D 52

62) DRiZ 1961, 102

nach Maßgabe des Eröffnungsbeschlusses bei Gericht einreichen muß, so beruht dies auf der ratio des § 156 StPO. Die öffentliche Klage ist nämlich hier von der Staatsanwaltschaft schon durch den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung erhoben worden, und nach der Klageerhebung soll eben die Rechtsauffassung der Gerichte allein maßgebend sein.

Wenn die Staatsanwaltschaft andererseits durch das Oberlandesgericht im Wege des Klageerzwingungsverfahrens gemäß § 175 StPO zur Anklage gezwungen werden kann, so beruht dies auf einer Ausnahmeregelung, die der Gesetzgeber nur zugunsten des Verletzten getroffen hat. Die Staatsanwaltschaft ist nun einmal als weisungsgebundenes Organ der Strafrechtspflege organisiert worden und damit in ihrer Objektivitätspflicht auch sachfremden Einflüssen ausgesetzt. Es war deshalb ein zwingendes Gebot der staatlichen Justizgewährungspflicht, dem Verletzten gegen eine unsachgemäße Behandlung seines Strafverlangens die Anrufung eines unabhängigen Gerichtes zu ermöglichen. Der Gesetzgeber hat sich daher auch nicht für ein Gremium von Oberstaatsanwälten als Prüfungsinstanz für Strafanträge entschieden, obwohl dies sehr nahe gelegen hätte. Jedenfalls würde es nicht gegen Art.92 GG verstoßen, wenn statt des Oberlandesgerichts ein Gremium von Oberstaatsanwälten über einen Strafverfolgungsantrag in letzter Instanz entschiede, denn eine solche Entscheidung ist ja nicht "Rechtsprechung" im Sinne des Art.92 GG. Art.19 Abs.4 GG, der den Rechtsweg zu den Gerichten, also den unabhängigen Organen der Rechtspflege eröffnet, würde hier dem Verletzten keinen Anspruch darauf geben, daß ein Gericht über sein Strafverlangen entscheide, denn über die prozessuale Wohltat des § 172 StPO hinaus hat der Verletzte kein eigenes Recht auf Strafverfolgung, in dem er verletzt sein könnte[63].

---

63) Vgl. unten S. 244 ff.

Der Gesetzgeber hat also aus guten Gründen dem Verletzten die Möglichkeit eröffnet, ein "Gericht" gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft anzurufen. Dies hat die begrüßenswerte Nebenwirkung, daß hierdurch auch die Rechtsauffassung der Oberlandesgerichte an die Stelle der Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft tritt und zudem dabei über § 121 Abs.2 GVG eine Einheitlichkeit der Rechtsanwendung gewährleistet wird. Aber nur insoweit, als der Verletzte die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft anficht, was wiederum in seiner Willkür steht, wird die Legalität, wie sie die Staatsanwaltschaft versteht, durch die Legalität, wie sie von der Rechtsprechung gehandhabt wird, ersetzt. Praktisch wird die Staatsanwaltschaft aber in den Fällen, wo ein Verletzter das Klageerzwingungsverfahren betreiben könnte, sich an die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung halten, um einen Klageerzwingungsbeschluß zu vermeiden. Die §§ 175 und 208 Abs.2 StPO bilden also keineswegs nur eine zusätzliche gesetzliche Festlegung eines allgemein geltenden Grundsatzes, demgemäß einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung Bindungswirkung für die Staatsanwaltschaft zukommt, wie dies offenbar Nüse[64] und Nowakowski[65] meinen[66]. Da die Beschlüsse gemäß § 175 StPO und § 208 Abs.2 StPO mithin nicht Rechtsprechung im Sinne des Art.92 GG sind, kann aus diesen Bestimmungen auch nicht ein Vorrang der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gegenüber dem Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft hergeleitet werden.

Man kann auch nicht eine Bindungswirkung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung mit dem "öffentlichen

---

64) JR 1964,283
65) a.a.O. S.30
66) Dagegen mit Recht auch Lüttger in seinem Diskussionsbeitrag auf dem 45.Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 45.Deutschen Juristentages, 1964, Bd.II, S.D 74; vgl. auch Eb.Schmidt, MDR 1961, 271.

Interesse"[67], z.B. an der Einheitlichkeit der Strafverfolgung und der Gleichheit aller vor dem Gesetze[68], begründen. Es liegt nicht im öffentlichen Interesse, daß ein Bürger entgegen der hierfür maßgeblichen Rechtsauffassung der zuständigen Staatsanwaltschaft angeklagt wird, nur weil andere in einem anderen Lande der Bundesrepublik das gleiche unglückliche Schicksal erleiden mußten. Die "Gewaltenteilung innerhalb der dritten Gewalt"[69] zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht entsprechend ihren verschiedenen Funktionen in der Strafrechtspflege, nämlich anzuklagen und zu verurteilen, ist im Interesse des Beschuldigten eingeführt worden, weil sie für ihn eine "Sicherung" enthält, "die auf Mißtrauen zurückzuführen ist"[69]. Sie bedeutet im Hinblick auf eine mögliche Diskrepanz zwischen den Rechtsauffassungen der Staatsanwaltschaft und der Gerichte eine doppelte Schutzwirkung für den Beschuldigten[70], die allerdings auf die einfache Schutzwirkung reduziert wird, wenn ein Verletzter im Wege des Klageerzwingungsverfahrens auf Bestrafung des Täters dringt. Die Justizgewährungspflicht des Staates rechtfertigt es hier, dem Beschuldigten die eine Schutzwirkung zu nehmen, die in der Verneinung eines Straftatbestandes durch die Staatsanwaltschaft bestehen würde, weil insofern in erster Linie dem Verletzten, der Genugtuung begehrt, der Schutz der verletzten Strafnorm zugute kommen soll.

---

67) So z.B. Schäfer, Lö-Ro, Einl. S.122; Genzel, Diss. 1960, S.215, der aber im übrigen die Staatsanwaltschaft nicht an eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden hält.

68) Vgl. die oben S.111 zitierte Begründung des BGH.

69) Herrmann, a.a.O., S.D 42

70) Nowakowski, a.a.O., S.24, 29, 38 lehnt die doppelte Schutzfunktion einer selbständigen rechtlichen Vorprüfung der Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf das Klageerzwingungsverfahren ab.

Alle Argumente, die für eine Bindungswirkung ins Feld geführt werden, vermögen also nicht zu begründen, daß § 150 GVG "verfassungskonform" im Sinne einer Bindungswirkung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung auszulegen ist. Die Staatsanwaltschaft ist vielmehr nach dem Sinn und Zweck der "Gewaltenteilung innerhalb der dritten Gewalt" und gemäß der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 150 GVG nicht verpflichtet, entgegen ihrer eigenen Rechtsüberzeugung entsprechend einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung die öffentliche Klage zu erheben oder von der Verfolgung Abstand zu nehmen[71].

---

71) Im Ergebnis ebenso: John, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd.II, 1888, S.230,404; Bennecke, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1895, S.453; Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1900, S.273; Binding, Grundriß des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1904, S.191: die Staatsanwaltschaft sei "Rechts- und nicht Strafanwaltschaft", "von den Gerichten unabhängig" und "an die Präjudizien derselben glücklicherweise nicht gebunden". Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S.139; vgl. ferner die bei Groß, Diss.1963, S.41 f. genannten älteren Autoren mit offenbar gleicher Ansicht.

Aus neuerer Zeit: Eb.Schmidt, MDR 1961,270 f.; ders.,MDR 1964,718; Arndt, NJW 1961,1616 f. ; Groß, Diss.1963, S.78 ff.,105; Sarstedt, NJW 1964, 1756 f.; Herrmann, Verhandlungen des 45.Deutschen Juristentages, 1964, Bd.II, S.D 41 ff.; Lüttger in seinem Diskussionsbeitrag auf dem 45.Deutschen Juristentag unter Aufgabe seiner bisher abweichenden Meinung, Verhandlungen 1964, Bd.II, S.D 69 ff.; Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 1966, vor § 141 GVG, Anm.5; Müller, KMR 1966, § 170 Anm.2a) bb.

II.

Das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Privatklagedelikten gemäß § 376 StPO

Mit Hilfe der subjektiven und der objektiven Auslegungsmethode[72] soll nun der Frage nachgegangen werden: Gewährt der Begriff "öffentliches Interesse" in den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB eine Ermessensfreiheit, unter außerstrafrechtlichen, prozeßökonomischen oder strafrechtlichen Zwecken bei der Beurteilung der Voraussetzungen für die Strafverfolgung zu wählen? Die Erörterung beginnt mit der historisch ältesten Bestimmung, dem § 376 StPO, der in der gleichen Fassung als § 416 in der Reichsstrafprozeßordnung vom 1.2.1877 zu finden war und der lautet:

> "Die öffentliche Klage wird wegen der in § 374 bezeichneten strafbaren Handlungen (also den Privatklagedelikten) von der Staatsanwaltschaft nur dann erhoben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt".

Erforscht man den Willen des Gesetzgebers von 1877, so stößt man auf den Antrag des Abgeordneten von Puttkamer in der Justizkommission des Reichstages,

---

72) Zu der subjektiven und der herrschenden objektiven Theorie der Auslegung von Rechtssätzen vgl. u.a. Engisch, Einführung, S.85 ff.

die Vorschrift des § 376 StPO folgendermaßen zu fassen: "Wegen der vorbezeichneten strafbaren Handlungen[73] kann die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage erheben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt"[74]. Von Puttkamer begründete seinen Antrag so: "Indem man sage, die öffentliche Klage wird erhoben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt, spreche man aus, daß nach dem Legalitätsprinzip die öffentliche Klage erhoben werden müsse, sobald ein öffentliches Interesse vorliege". Er wünsche aber für den Fall der Beschränkung der Privatklage auf Beleidigungen und leichte Körperverletzungen der Staatsanwaltschaft "einigen Spielraum zu lassen"[75]. Der Abgeordnete Struckmann beantragte ferner, die Privatklagedelikte auf weitere Delikte auszudehnen. Für diesen Fall müsse er aber den Antrag des Abgeordneten von Puttkamer ablehnen, "weil dann eine scharfe Hervorhebung des Satzes, daß bei vorhandenem öffentlichen Interesse die Strafverfolgung seitens des Staatsanwaltes eintreten müsse, dringend geboten sei"[76]. Beide Anträge wies der Abgeordnete Dr. Wolffson zurück, den Antrag des Abgeordneten von Puttkamer mit dem Bemerken: "sobald öffentliches Interesse vorhanden sei, müsse

---

73) Gemeint waren nur Beleidigungen und leichte Körperverletzungen, die zunächst allein als Privatklagedelikte von der Reichsstrafprozeßordnung im Jahre 1877 eingeführt worden sind.

74) Hahn, Materialien, Protokolle der Kommission, Erste Lesung, S.672/1102

75) Hahn, a.a.O., S.673/1103

76) Hahn, a.a.O., S.674/1103, 1104

der Staatsanwalt die Klage erheben"[76]. Daraufhin beschloß die Kommission, die beiden Anträge der Abgeordneten von Puttkamer und Struckmann abzulehnen und die Fassung des § 416 StPO beizubehalten: "Die öffentliche Klage wird ... von der Staatsanwaltschaft ... erhoben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt"[77]. Dieser Wortlaut ist denn auch Gesetz geworden.

Der Gesetzgeber von 1877 hat also durch die ausdrückliche Formulierung des § 376 StPO der Staatsanwaltschaft "bewußt" keinen Spielraum für die Entscheidung zugestanden, ob sie im öffentlichen Interesse Anklage erheben oder den Verletzten auf den Weg der Privatklage verweisen soll. Dabei ging der Gesetzgeber offenbar von der Auffassung aus, daß der Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO objektivierbar sei[78]. Nur wenige Autoren haben jedoch richtig erkannt, daß die Staatsanwaltschaft immer dann, wenn ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage besteht, auch anklagen "muß"[79], § 376 StPO also

---

77) Hahn, a.a.O., S.675/1105

78) Anders dagegen von Holtzendorff, Rechtslexikon, 1881, Art. Opportunitätsprinzip, S.953: "Was öffentliches Interesse sei, läßt sich nicht einmal mit Bestimmtheit sagen oder definieren, so daß nicht nur die Anwendung, sondern selbst die Feststellung dieses Begriffes dem Ermessen abhängiger Verwaltungsbeamten zu überlassen wäre". Hier ist schon der Schluß von der Unbestimmtheit des Begriffes auf die Ermessensbefugnis, was die nachfolgenden Autoren stark beeinflußt hat. Interessant ist, daß die Gegner des "Opportunitätsprinzips", wozu auch von Holtzendorff zählte, ihre Ansicht auf die Kritik an dem Begriff "öffentliches Interesse" stützten, der zu unbestimmt und vage sei, als daß er eine gleichmäßige Gesetzesanwendung garantiere (so z.B. Birkmeyer, DJZ 1909, 1052; neuerdings wieder Wagner, in: Festschr. für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S.173 ff.). Gerade die Gegner des Opportunitätsprinzips haben damit, was nicht einer gewissen Ironie entbehrt, in der Hauptsache zu der Ansicht beigetragen, daß der Begriff "öffentliches Interesse" zu einer Ermessensentscheidung ermächtige.

79) Binding, Abhandlungen II, 1915, S.252: "Denn liegt die Verfolgung im 'öffentlichen Interesse', so muß ja

nicht dem Opportunitätsprinzip zuzuordnen ist[80]. Zahlreiche Schriftsteller sprechen dagegen hier von "pflichtgemäßem Ermessen"[81] der Staatsanwaltschaft, oder einfach von "Ermessen"[82] oder sogar "freiem Ermessen"[83], ohne daß immer klar zu erkennen ist, ob nur ein Ermessen im Sinne einer Unüberprüfbarkeit der Entscheidung durch die Gerichte oder ein "Ermessen" im Sinne einer echten Wahlmöglichkeit gemeint ist. Wohl die meisten Autoren rechnen die Regelung des § 376 StPO aber ausdrücklich zum Opportunitätsprinzip[84], wobei wiederum nicht immer deut-

---

nach richtiger Auffassung auch die öffentliche Anklage erhoben werden"; Gerland, GS 60 (1902), S.164: "Hier besteht (für die Staatsanwaltschaft) wie sonst die gewöhnliche Klagepflicht"; ders. jedoch a.A. in: Der Deutsche Strafprozeß, 1927, S.123

80) Keller, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1882, § 416 Anm.1; offenbar auch Bomhard-Kollert, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1879, § 416 Anm.4; Isenbart-Samter, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1893, § 416, Anm.11, die von "beurteilen" sprechen; Simonson, GA 38 (1891), S.145, der den § 376 StPO als bedingtes Verfolgungsverbot ansieht.

81) Glaser, Handbuch des Strafprozesses, 1883, S.236; Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S.73; Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1900, S.277

82) Thilo, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1878. § 416 Anm.3; Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1898, § 416 Anm.2; ebenso das meinungsbildende Urteil des Reichsgerichts vom 2.9.1884, RG 11,128 (129)

83) Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1895, S.634

84) von Holtzendorff, Rechtslexikon, 1881, S.953; von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S.266 ff., 269; Birkmeyer, a.a.O., S.329; Bennecke-Beling, a.a.O., S.277; Schwarz, Strafprozeßrecht, 1923, S.32

lich wird, ob hier das Opportunitätsprinzip als Ermessensprinzip oder nur als Milderung des allgemeinen Verfolgungszwangs durch einen Verfolgungszwang im Einzelfalle[85] verstanden wird. Die Meinung, § 376 StPO sei eine Opportunitätsbestimmung, hat sich schließlich im Anschluß an das problematische Urteil des Reichsgerichts vom 2.9.1884[86] und die Lex-Emminger vom 4.1.1924[87], die die §§ 153 ff. StPO einführte, durchgesetzt. Heute herrscht fast einhellig die Auffassung, daß der Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO der Staatsanwaltschaft eine Ermächtigung zu einer Ermessensentscheidung gewähre[88].

Die Entscheidung darüber, ob die h.M. entgegen dem Willen des historischen Gesetzgebers den Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO zu Recht als Ermessensbegriff ansieht, hängt davon ab, welcher Inhalt dem Begriff "öffentliches Interesse" hier nach den Materialien zur Strafprozeßordnung, sowie dem Sinn und Zweck der Privatklageregelung und des § 376 StPO beizulegen ist. Sollte sich herausstellen, daß der Begriff "öffentliches Interesse" vernünftigerweise auch zu Strafverfolgungszwecken ermächtigt, die nur ermessensmäßig abzuwägen sind, so müßte der h.M. auf Grund der objektiven Auslegungstheorie der Vorzug vor der Rechtsansicht des Gesetzgebers gegeben werden.

Der Gesetzgeber des materiellen Strafrechts hatte im Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871 eine Reihe von An-

---

85) Vgl. z.B. Kade, Unbedingte oder bedingte Strafverfolgungspflicht, 1909, S.7,16, der das Opportunitätsprinzip als bedingte Strafverfolgungspflicht betrachtet.

86) RG 11,128; vgl. dazu unten S. 269 ff.

87) RGBl. I,S.15

88) Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 376 Erl.1; Sarstedt, Lö-Ro, § 376 Anm.1; Müller, KMR, § 376 Anm.1a; Schwarz-Kleinknecht, StPO, § 376 Anm.1; a.A. Albrecht Weber, Diss.1953, S.45

trags- und Ermächtigungsdelikten geschaffen. In diesen Fällen machte er also die Strafverfolgung zunächst einmal von dem Belieben des Verletzten abhängig. Hierzu sah sich der Gesetzgeber aus zwei verschiedenen Erwägungen veranlaßt, die dann den Strafprozeßgesetzgeber von 1877 zu einer unterschiedlichen prozessualen Regelung der Antrags- und Ermächtigungsdelikte bestimmte. Bei der einen Gruppe von Straftaten,wie z.B. Beleidigungen und leichten Körperverletzungen, ging der Gesetzgeber des materiellen Strafrechts davon aus, daß oftmals der Verletzte hier selbst die Tat als geringfügig und für ihn belanglos ansieht, deshalb auch kein sittliches Bedürfnis und staatliches Interesse besteht, diese Tat zu verfolgen. Bei dieser Gruppe von Straftaten erschien daher eine Strafverfolgung nur angebracht, wenn der Verletzte Genugtuung begehrt, wozu ihm ein Antragsrecht, bzw. Ermächtigungsrecht eingeräumt wurde. Bei der anderen Gruppe von Delikten, wie z.B. der Erschleichung des außerehelichen Beischlafs, des Ehebruchs und Familiendiebstahls, war ein anderer Grund für die Ausgestaltung dieser Straftaten als Antragsdelikte maßgebend. In diesen Fällen besteht zwar regelmäßig ein öffentliches Bedürfnis nach Bestrafung des Täters, doch kann hier die unglückliche Lage des Verletzten durch die Einleitung einer Strafverfolgung so sehr verschlimmert werden, daß "Rücksichten der Menschlichkeit dazu drängen, das öffentliche Interesse an der Bestrafung des Verbrechers vor dem des Beschädigten zurücktreten zu lassen"[89].

Der Strafprozeßgesetzgeber hat daher die Delikte der zweiten Gruppe zu Offizialdelikten gemacht, die stets von Amts wegen zu verfolgen sind, wenn der Verletzte Strafantrag stellt und damit zum Ausdruck bringt, daß er die ihm

---

89) Glaser, Artikel: "Privatanklage" in: von Holtzendorffs Rechtslexikon, 1881, S.176.
Vgl. Hahn, Materialien, Motive, S.222

vom Gesetz gewährte Rücksichtnahme nicht in Anspruch nimmt. Bei Beleidigungen und leichten Körperverletzungen hat der Gesetzgeber von 1877 sich dagegen zu der Auffassung bekannt, daß diese Delikte zwar auch einen Angriff auf die Rechtsordnung darstellen, dadurch aber die "öffentliche Ordnung" meist gar nicht oder nur geringfügig gestört wird, so daß man es dem Verletzten überlassen kann, mit Hilfe der Privatklage sich selbst Genugtuung zu verschaffen, wenn er eine Bestrafung des Täters verlangt[90]. Der Strafprozeßgesetzgeber hat sich auch gefragt, ob man die Verfolgung dieser Delikte nicht gänzlich der Disposition des Verletzten anheimstellen könnte. Diese Frage hat er indes verneint, da "es Fälle gibt, in denen die öffentliche Ordnung so sehr die Verfolgung erheischt, daß der Staat sich der letzteren, sobald sie vom Verletzten beantragt wird, notwendig unterziehen muß"[91].

Die Motive zur Strafprozeßordnung führen auch einige Beispiele an, wo die Strafverfolgung von Beleidigungen und leichten Körperverletzungen im öffentlichen Interesse geboten ist. Privatbeleidigungen seien zwar in der Regel nicht von Amts wegen zu verfolgen, doch ließen sich "sehr wohl Fälle denken, wo wegen der besonderen Verwerflichkeit der Handlungsweise des Täters oder wegen fortgesetzter Begehung gleichartiger Vergehen ein öffentliches Interesse an der Bestrafung besteht"[92]. Bei Amtsbeleidigungen sei umgekehrt "bei der Mehrzahl der (Fälle) die Verfolgung von Staats wegen durch das Interesse der öffentlichen Ordnung

---

90) Hahn, Materialien, Motive, S.231: "Beleidigungen und leichte Mißhandlungen sind alltägliche Vorkommnisse; sie berühren das allgemeine Wohl der bürgerlichen Gesellschaft meistens wenig und selbst für die Beteiligten haben sie in der Regel eine viel zu geringe Bedeutung, als daß ein rechtliches oder sittliches Bedürfnis vorläge, stets eine Bestrafung herbeizuführen".

91) Hahn, a.a.O., S.232

92) Hahn, a.a.O., S.233

geboten[93]. Doch "oftmals ... steht eine Beleidigung zu dem Amte des Beleidigten in einer nur sehr losen Beziehung, und nicht minder häufig sind die Fälle, in denen der Beleidigte selbst die Beleidigung hervorgerufen hat"[93], so daß in solchen Fällen die Verfolgung ex officio unterbleiben könne. Bei leichten Körperverletzungen bestehe dann ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage, "wenn auf öffentlicher Straße Personen angefallen oder gemißhandelt werden, ohne ihrerseits hierzu irgendwie Anlaß gegeben zu haben. Auch erheblichere Mißhandlungen hilfloser Personen oder unmündiger Kinder durch ihre Eltern, also durch diejenigen, die ihre gesetzlichen Vertreter im Privatklageverfahren sein müßten, werden nicht selten eine Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft erheischen"[94].

Für solche und ähnliche Fälle hat der Gesetzgeber den § 376 StPO eingeführt und damit zum Ausdruck gebracht,daß bei Privatklagedelikten die öffentliche Klage"regelmäßig nicht erhoben" wird, "vielmehr schreitet die Staatsanwaltschaft nur dann ein, wenn ausnahmsweise die Verfolgung durch das öffentliche Interesse geboten erscheint"[95]. Bei Privatklagedelikten besteht daher "ein (bedingtes) Verbot der Einmischung"[96]. Die Gesichtspunkte, die aus dem Verbot ein Gebot werden lassen, können ohne weiteres aus den zitierten Beispielen der Motive zur Strafprozeßordnung abgelesen werden. Danach muß man ein öffentliches Interesse an der Verfolgung von Privatklagedelikten dann konstatieren, wenn durch die Größe der Schuld oder durch das Ausmaß der Tatfolgen "der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung (da-

---

93) Hahn, a.a.O., S.232
94) Hahn, a.a.O., S.232/233
95) Hahn, a.a.O., S.231
96) Glaser, Handbuch des Strafprozesses, 1883, S.236

durch) ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist"?[97]

Wie aus den Motiven zur Strafprozeßordnung ersichtlich wird, sind die Schuld des Täters und die Folgen der Tat das ausschließliche Kriterium für den Begriff "öffentliches Interesse" im Sinne des § 376 StPO[98]. Außerstrafrechtliche Zweckmäßigkeitserwägungen oder prozeßökonomische Gesichtspunkte haben hier außer Betracht zu bleiben[99]. Das wird von der h.M. eigentlich nicht bestritten[100]. Außer Beleidigungen und leichten Körperverletzungen, die zunächst nach der Reichsstrafprozeßordnung von 1877 allein im Wege der Privatklage verfolgbar waren, sind zwar in der Folgezeit noch weitere Straftatbestände zu Privatklagedelikten gemacht worden[101], wobei auch Straftaten wie Bedrohung (§ 241 StGB) und gefährliche Körperverletzung (§ 223a StGB), die keine Antragsdelikte sind, in den Kreis der Privatklagedelikte - unter gewisser Korrektur des materiellen Strafrechts - einbezogen wurden. Für die Einführung aller weiteren Privatklagedelikte war aber neben der

---

97) RiStV Nr.68 Abs.2

98) Die Richtlinien für das Strafverfahren, vgl.RiStV Nr.68, Abs.2; 235; 281 Abs.3; 286 nennen auch nur solche Beispiele, die unter die Begriffe "Schuld" und "Folgen" fallen.

99) Ebenso Simonson, GA 38 (1891), S.147: "Wir glauben annehmen zu dürfen, daß das allgemeine Rechtsgefühl die Frage nach dem öffentlichen Interesse lediglich von dem Gesichtspunkt aus beantwortet wissen will, ob die Tat mit allen ihren subjektiven Momenten im Interesse der öffentlichen Ordnung eine Bestrafung gebietet, unbekümmert, ob das dadurch bedingte Strafverfahren aus irgend welchen Gründen inopportun erscheint".

100) Die Kommentare zur Strafprozeßordnung von Eb.Schmidt, Lö-Ro, Müller-Sax (KMR) und Schwarz-Kleinknecht verweisen alle auf die Richtlinien für das Strafverfahren, ohne selbst eine inhaltliche Bestimmung des Begriffes "öffentliches Interesse" in § 376 StPO zu geben.

101) Insbesondere durch das Gesetz zur Entlastung der Gerichte vom 11.3.1921 (RGBl.I,S.229)

Absicht, die Gerichte zu entlasten, nur die Erwägung maßgebend, daß solche Delikte wegen ihrer durchschnittlichen Geringfügigkeit in der Regel keine gravierende Störung der öffentlichen Ordnung darstellen, so daß regelmäßig eine staatliche Reaktion von Amts wegen unterbleiben kann.[102] Deshalb darf auch hier nur der Gesichtspunkt der Erheblichkeit der Tat und nicht sachfremde Erwägungen das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Privatklagedelikten bestimmen. Dieses Ergebnis wird m.E. auch unabhängig von dem Willen des Gesetzgebers durch das Gebot einer objektiven Strafrechtspflege, wie sie allein der Grundtendenz unserer rechtsstaatlichen Verfassung entspricht, gefordert.

Die Erheblichkeit der Tat, die das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung begründet, muß bei § 376 StPO notwendig einen anderen Grad besitzen als in den Fällen des § 153 Abs.1 und 2 StPO[103]. Die öffentliche Klage soll ja bei den Privatklagedelikten nur ausnahmsweise erhoben werden. Das bedeutet aber, die alltäglichen Fälle mit ihrem durchschnittlichen Maß von Schuld und Folgen bleiben dem Privatklageweg vorbehalten. Ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage besteht daher nur dann, wenn die Größe der Schuld und das Ausmaß der Tatfolgen über dem durchschnittlichen Maß von Schuld und Folgen gleichartiger Verfehlungen liegt. Von der gleichen Auffassung gehen auch die Richtlinien für das Strafverfahren aus, wenn sie als Beispiele für die Anwendung des § 376 StPO die "niedrigen Beweggründe des Täters", die "Rohheit oder Gefährlichkeit der Tat" und das "Ausmaß der Rechtsverletzung" nennen[104]. Dagegen ist die Verfolgung von

---

102) Vgl. Richter, Diss.1925, S.41 ff.

103) a.A. Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 StPO Anm.5; offenbar auch Reinhold Weber, NJW 1966,1241, die den Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 und § 153 Abs.1 StPO gleich auslegen wollen.

104) RiStV Nr.68 Abs.2

Offizialdelikten immer schon dann geboten, wenn die Schuld des Täters und die Folgen der Tat dem Durchschnitt entsprechen, denn in den Fällen des § 153 Abs.1 und 2 StPO darf das Verfahren nur eingestellt werden, wenn die Schuld des Täters "gering" und die Folgen der Tat "unbedeutend" sind.

Für die Prüfung der Frage, ob die Schuld des Täters über der durchschnittlichen Schuld bei gleichartigen Verfehlungen liegt, sind die meisten Gesichtspunkte maßgebend, die regelmäßig bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind und dort die Grundlage für die Abwägung zwischen den verschiedenen Strafzwecken abgeben[105]. So sind die Beweggründe und die Ziele des Täters, sowie die Gesinnung, die aus der Tat spricht und der bei der Tat aufgewendete Wille für die Größe der Schuld entscheidend. Ferner ist das Maß der Pflichtwidrigkeit zu beachten, ob also z.B. die Tat unter Mißbrauch eines Vertrauensverhältnisses oder der Verletzung besonderer Obhutspflichten begangen worden ist. So liegt z.B. ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage bei "erheblicheren Mißhandlungen unmündiger Kinder durch ihre Eltern" vor[106]. Die Art der Tatausführung kann ebenfalls ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung begründen, so z.B., "wenn auf öffentlicher Straße Personen angefallen oder gemißhandelt werden"[106]. Weiterhin ist das Vorleben des Täters zu berücksichtigen. Bei fortgesetzter Begehung gleichartiger Vergehen ist regelmäßig ein öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung gegeben[107]. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters müssen einmal beachtet werden, soweit sie

---

105) Zu den Strafzumessungsgründen vgl. Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Vorbem.§ 13, Erl.45 ff.; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, S.714 ff; vgl. auch Entwurf 1962, § 60

106) Hahn, Materialien, Motive S.232/233; s.o.

107) Hahn, a.a.O., S.233; s.o.

die Schuld des Täters zu vergrößern vermögen[108], zum anderen, als sie den Keim zu weiteren gleichartigen Straftaten enthalten. Im letzteren Fall muß die öffentliche Klage auch dann erhoben werden, wenn im übrigen die Schuld und die Folgen der Tat dem Durchschnitt entsprechen, denn es liegt im Interesse der Allgemeinheit, daß der Täter vor einer erneuten Straftat zur Ordnung gerufen wird. Das Verhalten des Täters nach der Tat hat nur indizielle Bedeutung für die Seelenlage des Täters zur Zeit der Tatbegehung und ist insofern nur ein Faktor für die Größe der Schuld. Beseitigt der Täter aber die erheblichen Tatfolgen, indem er den Schaden wieder gut macht, so entfällt ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage, wenn im übrigen die Schuld nicht über dem Durchschnitt liegt. Die Größe der Schuld des Täters ist auch abhängig von dem Mitverschulden oder der Mitverursachung des Verletzten. In solchen Fällen wird in der Regel kein öffentliches Interesse an der Verfolgung bestehen[109], da die Schuld des Täters durch das Mitverschulden des Verletzten in der Regel zumindest auf das durchschnittliche Maß herabgemindert wird. Aber auch hier kann unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Schuld des Täters dennoch über dem Durchschnitt gleichartiger Verfehlungen liegen.

Bei den Folgen der Tat muß man zwischen den mittelbaren und unmittelbaren Wirkungen auf das öffentliche Interesse, sowie zwischen den verschuldeten und unverschuldeten Folgen unterscheiden. Eine gewöhnliche Beleidigung oder eine einfache Körperverletzung kann sich z.B. auf einen labilen Verletzten so ungünstig auswirken, daß er eine Neurose davonträgt. In einem solchen Falle erkennt die Allgemeinheit nicht nur das Interesse des Verletzten an der Strafverfolgung des Täters als berechtigt an, sondern sie macht es

---

108) Vgl. Schönke-Schröder, a.a.O.,Erl.65

109) Vgl. Hahn, a.a.O., S.232 und 233; s.o.

auch zu ihrem eigenen Interesse[110]. Die Rechtsgemeinschaft muß immer eine staatliche Reaktion auf eine Straftat verlangen, die ein Glied der Gemeinschaft so erheblich getroffen hat. Es entsteht hier also mittelbar durch das Interesse des Verletzten ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage. Dagegen läßt eine Beleidigung, die einen Amtsträger trifft und im Zusammenhang mit dessen Amt steht, in der Regel unmittelbar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung entstehen[111], auch wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat für den Verletzten selbst unbedeutend sind. Es ist nämlich nicht nur ein Anliegen des Staates, sondern schlechthin der Allgemeinheit, daß die fachliche und personelle Autorität der Beamten nicht ungestraft herabgesetzt wird. Die Verantwortungsfreudigkeit der Beamten würde erheblich gemindert, wenn ihnen in bezug auf die Erfüllung ihrer Pflichten nicht strafrechtlicher Ehrenschutz von Amts wegen geleistet wird[112]. Außerdem erscheinen hier die ferneren Auswirkungen der Tat oft deswegen so schwerwiegend, weil das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität eines Beamten und die Reinheit der Amtsführung erschüttert wird[113]. Insbesondere die oftmals in der Presse angefachten Kampagnen lassen die gerichtliche Klärung der gegen einen Beamten begangenen üblen Nachreden und Verleumdungen im öffentlichen Interesse dringend geboten erscheinen. Die Staatsanwaltschaft darf andererseits, wenn sie von der Berechtigung der gegen den Beamten erhobenen Vorwürfe überzeugt ist, nicht von der öffentlichen Klage Abstand nehmen, um einen noch größeren Skandal zu vermeiden. Dies wäre eine sach-

---

110) Vgl. oben S.32 f.

111) Vgl. Hahn, Materialien, Motive, S.232; s.o. vgl. auch Vollert, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, 36 (1889),S.4 ff., der eingehend untersucht, wann das öffentliche Interesse die Verfolgung von Amtsbeleidigungen im Einzelfall nicht gebietet.

112) Vgl. Vollert a.a.O.

113) Vgl. BGH NJW 1958,1403; s.o. S.8 Anm.14

fremde Zweckerwägung, die bei § 376 StPO außer Betracht zu bleiben hat. Zudem hätte hier das öffentliche Interesse an der Reinheit der Amtsführung und damit der Aufdekkung von Unregelmäßigkeiten dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Vertrauens in die Reinheit der Amtsführung vorzugehen. Immer dann, wenn ein Privatklagedelikt zu einer berechtigten Erregung in der Öffentlichkeit geführt hat, entsteht als fernere Folge der Tat unmittelbar ein berechtigtes öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage.

Das öffentliche Interesse kann natürlich zugleich mittelbar und unmittelbar zur Entstehung kommen. Privatbeleidigungen können z.B. auf Grund der Stellung des Verletzten ebenfalls in die Öffentlichkeit ausstrahlen[114]. Das ist der Fall, wenn in einem Presseartikel eine üble Nachrede oder Verleumdung gegen einen bekannten Arzt in bezug auf dessen Heilmethoden begangen wird. Hier hat die Allgemeinheit unmittelbar ein Interesse daran, daß der Täter zur Rechenschaft gezogen wird, damit das Vertrauen der Bevölkerung zu dem Arzt wiederhergestellt wird oder eben durch gerichtliche Bestätigung der erhobenen Vorwürfe die Bevölkerung zu Recht gewarnt wird. Der Arzt erleidet aber selbst durch eine solche Attacke einen so großen beruflichen Schaden, daß hierdurch mittelbar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung des Täters entsteht, da die Rechtsgemeinschaft nicht dulden kann, daß einem Bürger ungestraft ein solcher Schaden zugefügt wird.

---

114) Vgl. RiStV Nr.68 Abs.2, die "die Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben" als Beurteilungskriterium für § 376 StPO anführen. Aber nur soweit durch die Tat ein Vertrauensschaden der Öffentlichkeit in bezug auf den Verletzten entsteht, ist dessen Stellung im öffentlichen Leben zu berücksichtigen. Hat die Verfehlung nichts mit der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben zu tun, so ist sie nicht anders zu bewerten als sonst auch.

Hinsichtlich der Folgen der Tat hat sich eine Schwierigkeit durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12. 1964 (StPÄG)[115] ergeben. Dieses hat - unter Verkennung des Wesens des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung - die Einstellungsvoraussetzung "und sind die Folgen der Tat unbedeutend" in § 153 Abs.1 und 2 StPO und in § 383 Abs.2 StPO gestrichen, um künftig den Täter nur wegen seiner Schuld zu bestrafen. Gleichwohl sind die Folgen der Tat durch die Einfügung des Wortes "öffentliches Interesse" in § 153 Abs.2 StPO zumindest bei den Vergehen als Faktor für die Beurteilung der Strafverfolgungspflicht wieder zugelassen worden[116]. Die Ersetzung des Begriffes "Folgen der Tat" durch den Begriff "öffentliches Interesse" im Hinblick auf den Tatschuldgedanken wirft aber das Problem auf, ob nunmehr allein die verschuldeten Folgen der Tat, weil sie die Größe der Schuld beeinflussen, und nicht mehr wie bisher auch die unverschuldeten Tatfolgen[117] ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung zu begründen vermögen. Für die Frage der Strafverfolgung können jedoch nicht ohne weiteres die Gedanken übernommen werden, die für die Strafbemessung gelten. Dort vertritt die h.L. zu Recht den Standpunkt, daß die über den tatbestandlichen Erfolg hinausgehenden Wir-

---

115) BGBl. I,S.1067

116) Vgl. unten S.201 ff.

117) Die h.M. berücksichtigte die unverschuldeten Folgen schon immer bei den "unbedeutenden Folgen der Tat" gemäß § 153 Abs.1 u.2 StPO. So Kiesow, Strafprozeßordnung, 1924, § 153 Anm.5, Schäfer-Hartung, Strafrecht und Strafprozeß, Teil II, 1924, § 153 Anm.5, Grebe, GA 72 (1928),S.84; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.7; Heinitz, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957,S.332, der im übrigen die verschuldeten Folgen der Tat bereits bei der Bestimmung des Maßes der Schuld beachten will. Der größeren Klarheit dient es jedoch, wenn man die verschuldeten Folgen noch bei der Schuldfrage ausklammert und dann im vollen Umfang bei den objektiven Auswirkungen der Tat berücksichtigt. Dies entspricht offenbar auch dem Willen des Gesetzgebers von 1924.

kungen der Tat entsprechend § 59 StGB nur insoweit bei der Zumessung der Strafe verwertet werden dürfen, als der Täter die entsprechenden Umstände gekannt hat oder bei Fahrlässigkeitsdelikten hätte kennen müssen[118]. Der Große Senat für Strafsachen hat zwar in seinem Beschluß vom 8.4.1957[119] wieder an die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts angeknüpft, die wiederholt auch unverschuldete Tatfolgen als Strafzumessungstatsachen berücksichtigte. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jedoch mit der h.L. abzulehnen.

Im Gegensatz zur Strafzumessung kommt es bei der Frage, ob eine Straftat überhaupt im Allgemeininteresse verfolgt werden muß, nicht nur auf die Schuld des Täters, sondern ebenso sehr auf die objektiven Auswirkungen der Tat auf die Öffentlichkeit an. Die Schuld des Täters ist hier nur ein Begriffsmerkmal des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Das andere Begriffsmerkmal sind die Folgen der Tat, die gerade auch mit ihren unvorhersehbaren Wirkungen das Interesse aller an einer staatlichen Reaktion auf die Straftat hervorrufen können. Selbst dem materiellen Strafrecht ist die Berücksichtigung unrechtsneutraler Elemente nicht fremd, wie die objektiven Strafbarkeitsbedingungen zeigen. Diese sind nach richtiger Ansicht keine strafbestimmenden Unrechtsmerkmale, sondern Beschränkungen der Strafbarkeit aus strafökonomischen Gründen[120]. Ähnliches gilt für das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, das eine Beschränkung der Verfolgbarkeit aus ebensolchen Gründen darstellt. Im übrigen verbietet der nunmehr in § 153 Abs.2 StPO eingefügte Begriff "öffentliches Interesse" seiner Natur nach nicht,

---

118) Schönke-Schröder,a.a.O.,Vorbem.§ 13 Erl.61; Maurach, a.a.O.,S.719; ebenso der Entwurf 1962

119) BGH 10,259

120) Geerds, JuS 1965, S.466 ff.

hierunter auch die unverschuldeten Folgen der Tat zu subsumieren. Der Gesetzgeber von 1964 hatte offenbar äußerst unklare Vorstellungen, als er den engeren Begriff "unbedeutende Folgen der Tat" durch den umfassenderen Begriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" ersetzte. Deshalb muß man hier allein von dem objektiven Sinn und Zweck des Begriffes "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" ausgehen und fernerhin bei den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, 232 Abs.1 StGB die unverschuldeten Folgen der Tat bei der Prüfung der Verfolgungspflicht mitverwerten[121].

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man bedenkt, daß die Häufung gleichartiger Straftaten nicht selten ein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters begründet, obwohl dessen Schuld nur sehr gering sein mag[122]. Dies gilt auch bei den Privatklagedelikten[123], wenngleich hier nicht außer Acht gelassen werden darf, daß die in § 374 StPO aufgeführten Straftaten gerade deswegen zu Privatklagedelikten gemacht worden sind, weil sie besonders alltägliche und häufige Rechtsverletzungen darstellen. Gleichwohl gebietet das öffentliche Interesse die Erhebung der öffentlichen Klage, wenn es bei einem latenten Gefahrenherd immer wieder zu Privatklagedelikten kommt. Sind z.B. in einem bestimmten Wirtshaus Schlägereien an der Tagesordnung, so muß die Staatsanwaltschaft auch einen bisher unbeteiligten Gast, der eine alltägliche Körperverletzung begangen hat, anklagen, damit die "Stammgäste"

---

121) Ebenso für § 153 StPO: Kleinknecht, JZ 1965, 161, der allerdings insoweit offenbar nur "außergewöhnlich schwere Folgen" berücksichtigt wissen will ; ferner Reinhold Weber, NJW 1966,1244 unter Hinweis auf BGH 10,259

122) Vgl. unten S. 190 f.

123) Schreiber, DRiZ 1932, 138

nicht zu erneuten Straftaten provoziert werden, wenn diese Tat unverfolgt bleibt.

Das StPÄG von 1964 hat auch in § 383 Abs.2 S.1 StPO die unbedeutenden Folgen der Tat als weitere Voraussetzung für die Einstellung eines Privatklageverfahrens gestrichen. Damit ist das Genugtuungsrecht des Privatklageberechtigten um ein weiteres Stück beschnitten worden,denn nunmehr sind die unverschuldeten Folgen der Tat, auch wenn sie für den Verletzten noch so erheblich sind, nicht mehr ein Hindernis für die Einstellung des Verfahrens. Daraus ergibt sich auch eine besondere prozessuale Schwierigkeit. Hat z.B. der Verletzte das Pech, ziemlich labil zu sein, so wird ihn eine Ehrenkränkung manchmal tagelang nicht zur Ruhe kommen lassen. Das von ihm betriebene Privatklageverfahren muß aber, wenn es sich gegen einen Täter richtet, der den Verletzten nicht kannte und deshalb diese Folge nicht voraussehen konnte und dessen Schuld im übrigen gering ist, gemäß § 383 Abs.2 S.1 StPO eingestellt werden. Klagt der Staatsanwalt den Täter nun im Offizialverfahren wegen eines vermeintlichen Offizialdeliktes, das in Tateinheit zu dem Privatklagedelikt steht, an, und mißlingt der Nachweis des Offizialdeliktes in der Hauptverhandlung, so scheint der Täter hier wegen des übrigbleibenden Privatklagedelikts verurteilt werden zu müssen, denn die unverschuldeten Folgen der Tat lassen die Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO nicht zu. Das würde indes zu einer unterschiedlichen Behandlung der Strafsache führen, je nachdem, ob sie im Offizialverfahren oder im Privatklageverfahren betrieben wird. Für den Angeklagten wäre dies ein untragbares Ergebnis. Das Gesetz zwingt aber keineswegs dazu. Sachurteilsvoraussetzung für die Aburteilung eines Privatklagedeliktes ist allein, daß die Schuld des Täters nicht gering ist, ob nun der Täter im Privatklageverfahren oder im Offizialverfahren angeklagt wird. Deshalb muß das Verfahren wegen des übriggebliebenen Privatklagedeliktes hier nach § 153 Abs.3 StPO eingestellt

werden; wenn man der h.M. folgen will und das öffentliche Interesse an der Verfolgung eines Privatklagedeliktes nicht als eine vom Gericht zu prüfende Prozeßvoraussetzung betrachtet. Nach der hier vertretenen Auffassung, die weiter unten belegt wird, muß das Gericht jedoch das Verfahren durch Urteil gemäß § 260 Abs.3 StPO einstellen, weil es mangels öffentlichen Interesses an der Verfolgung des Privatklagedeliktes (§ 376 StPO) rechtlich gehindert ist, über das Verfahrenshindernis des Privatklageverfahrens, nämlich die geringe Schuld des Täters, eine Sachentscheidung zu fällen[124]. Das ist auch für den Privatklageberechtigten recht und billig, denn ihm muß die Möglichkeit offenstehen, das Gericht im Privatklagewege durch entsprechende Argumente und Beweismittel davon zu überzeugen, daß die Schuld des Täters doch nicht so gering ist.

Ein Privatklagedelikt wird mithin auch nach der neuen Regelung nicht unterschiedlich behandelt, je nachdem, ob es im Privatklagewege oder im Offizialverfahren verfolgt wird. Immerhin führt aber die Neuregelung zu einer ungleichen Behandlung von Privatklagevergehen und Offizialvergehen, da beide Deliktsgruppen in einem wesentlichen Punkt nunmehr verschiedene Einstellungsvoraussetzungen haben. Diese Konsequenz hat der Gesetzgeber von 1964 wohl kaum beabsichtigt. Im Interesse des Verletzten sollte daher die alte Regelung wieder eingeführt werden, da es sich hier wie im Offizialverfahren in erster Linie nur um eine Frage des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung handelt. Es ist nicht einzusehen, warum die Rechtsgemeinschaft nicht wie bisher das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten auch dann als berechtigt anerkennen sollte, wenn die Folgen der Tat, die der Täter nicht verschuldet hat, für ihn nicht unbedeutend sind.

Schwierigkeiten bereitet nun die Ermittlung des Durchschnittsmaßes der Schuld und Folgen bei den einzelnen

---

124) Vgl. unten S.288 f.

Privatklagedelikten. Der Durchschnitt vergleichbarer Verfehlungen kann hier weder in dem denkbaren Durchschnittsfall gefunden werden, dem die Mitte des Strafrahmens eines bestimmten Privatklagedeliktes entspricht,[125] noch ist er in dem arithmetischen Mittel aller praktisch vorgekommenen Fälle in einem Oberlandesgerichtsbezirk zu suchen. Der Durchschnitt, auf den es ankommt, richtet sich vielmehr nach dem unterschiedlichen Interesse, das die Allgemeinheit dem abstrakten Deliktstatbestand entgegenbringt. Eine Richtlinie für die Scheidung der durchschnittlichen Fälle von den erheblichen Tatbegehungen, deren Verfolgung im öffentlichen Interesse gemäß § 376 StPO liegt, hat schon der Gesetzgeber des materiellen Strafrechts durch die Aufstellung eines bestimmten Strafrahmens, insbesondere durch die Höhe der Mindeststrafandrohung, zum anderen durch die abstrakten Tatbestandsmerkmale mit ihrer unterschiedlichen Bedeutung für das öffentliche Interesse geschaffen. Bei den Privatklagedelikten finden wir Strafrahmen von Geldstrafe bis zu fünf Jahren Gefängnis und als Mindeststrafandrohung sogar sechs Monate Gefängnis im Falle des § 187a Abs.2 StGB. Nun ist die Mindeststrafe den Fällen vorbehalten, wo sich die Schuld des Täters unter Würdigung aller Strafzumessungstatsachen als gering erweist. Daraus darf man aber nicht den Schluß ziehen, daß der Strafprozeßgesetzgeber z.B. das öffentliche Interesse an der Verfolgung einer Verleumdung, die gemäß § 187a Abs.2 StGB gegen einen Politiker begangen wurde, erst mit einem Schuldgrad beginnen lassen wollte, der einer Gefängnisstrafe von mindestens einem Jahr entspricht. Die Tatbestandsmerkmale des § 187a Abs.2 StGB deuten vielmehr darauf hin, daß hier schon bei geringer Schuld von Amts wegen verfolgt werden muß, denn das öffentliche In-

---

125) Etwas anderes mag für die Strafzumessung gelten, vgl. Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, vor § 13 StGB, Anm. 1 A a

teresse an der Sauberkeit politischer Auseinandersetzungen verlangt, daß eine Verleumdung, die das öffentliche Wirken einer im politischen Leben des Volkes stehenden Person unter den in § 187a Abs.1 StGB bezeichneten Tatumständen "erheblich zu erschweren" "geeignet" ist, in der Regel zur Bestrafung geführt wird[126]. Nur wenn ein Strafmilderungsgrund vorliegt, der gemäß § 44 Abs.3 StGB eine Herabsetzung der Mindeststrafe auf ein Viertel zuläßt, wird man den Verletzten auf den Privatklageweg verweisen dürfen, und dies auch nur dann, wenn die Verleumdung das öffentliche Wirken des Politikers tatsächlich nicht erschwert hat[127]. Der berechtigte Durchschnitt von Schuld und Folgen, der noch nicht ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 376 StPO entstehen läßt, ist hier also auf der niedrigsten Stufe anzusetzen. Das bedeutet andererseits, daß der Richter das vom Verletzten angestrengte Privatklageverfahren nicht wegen Geringfügigkeit der Schuld gemäß § 383 Abs.2 S.1 StPO einstellen darf, selbst wenn ein gesetzlicher Strafmilderungsgrund vorliegen würde. Das Verschulden des Täters, das nach § 383 Abs.2 S.1 StPO als gering bezeichnet werden kann, ist nämlich stets entsprechend niedriger als die Schuld anzusetzen, die das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 376 StPO beginnen läßt[128]. Denn die gesetzliche Zuordnung eines Straftatbestandes zu den

---

126) Vgl. RiStV Nr.235 Abs.1 S.2

127) Die abstrakte Eignung, das öffentliche Wirken des Politikers "erheblich zu erschweren", und nicht die Folge der Erschwerung ist Tatbestandsmerkmal des § 187a StGB, vgl. Schwarz-Dreher,a.a.O.,§ 187a StGB Anm.2 C

128) Vgl.aber Dürwanger,Handbuch des Privatklagerechts, 1952,S.219 ff.,der bei der Einstellungsvoraussetzung gem.§ 383 Abs.2,S.1 StPO "von einer Art 'Normschuld' ausgeht, der Schuld eines Täters also, der durchschnittlichen Charakters, ungereizt der Konfliktssituation zum ersten Mal und unvoreingenommen gegenüber stehend, die Straftat ohne sonderliche Auffälligkeiten verübt hat". Ohne den Blick auf das öffentliche Interesse wird man aber die "Normschuld" in ihrer Höhe nicht richtig ansetzen können; es muß dazu eben ein berechtigter Durchschnitt ermittelt werden.

Privatklagedelikten würde schlechterdings keinen Sinn ergeben, wenn dem Privatklageberechtigten nicht ein Raum zwischen der Einstellung nach § 383 Abs.2 S.1 StPO und der Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 376 StPO verbliebe, wo es ausschließlich auf sein Belieben ankommt, ob der Täter bestraft wird.

Hat der Täter nicht eine Verleumdung, sondern nur eine üble Nachrede gemäß § 187a Abs.1 StGB gegen einen Politiker verübt, so wird man wegen der geringeren Mindeststrafandrohung von 3 Monaten Gefängnis den Grad des Verschuldens für das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung höher ansetzen und die Fälle mit geringer Schuld noch dem Privatklagewege vorbehalten müssen. Der Richter wird dann ein Privatklageverfahren auch nach § 383 Abs.2 S.1 StGB einstellen dürfen, wenn zur geringen Schuld überdies noch ein Strafmilderungsgrund z.B. gemäß § 51 ff. StGB hinzukommen würde.

Der berechtigte Durchschnitt vergleichbarer Verfehlungen hängt nicht nur von der Mindeststrafandrohung und dem Strafrahmen ab, sondern in erster Linie von der Bedeutung des geschützten Rechtsgutes, d.h. der abstrakten Tatbestandsmerkmale eines Privatklagedeliktes für die Allgemeinheit. So ist das Privatklagevergehen der Angestelltenbestechung gemäß § 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, das mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe von 5 DM bis 10.000 DM bedroht ist, wegen des öffentlichen Interesses an einem gesunden Wettbewerb schon bei einem geringeren Schuldgrad von Amts wegen zu verfolgen[129] als z.B. das Vergehen einer vorsätzlichen leichten Körperverletzung gemäß § 223 Abs.1 StGB, obwohl dieses mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe zu ahnden ist. Der Grad des Verschuldens und der Folgen, der ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung auf den Plan ruft, muß bei jedem einzelnen Delikts-

129) Vgl. RiStV Nr.281

tatbestand im Hinblick auf das Bedürfnis der Allgemeinheit an einer staatlichen Reaktion auf die Straftat gesondert festgelegt werden. Es ist einleuchtend, daß bei einem Qualifizierungstatbestand, z.B. der gefährlichen Körperverletzung gemäß § 223a StGB, der berechtigte Durchschnitt entsprechend niedriger angesetzt werden muß als bei dem Grundtatbestand der leichten Körperverletzung gemäß § 223 Abs.1 StGB. Für die Ermittlung des berechtigten Durchschnitts vermag also weder die höchste Mindeststrafe von 6 Monaten einen Maßstab zu liefern, noch der Schuldgehalt der Privatklagedelikte im allgemeinen[130]. Die Einschränkung des generellen Verfolgungszwangs durch den Verfolgungszwang im Einzelfall führt nun einmal zu dem Ergebnis, daß z.B. Verkehrsübertretungen schon bei einem geringeren Schuldgehalt zu bestrafen sind, als dies bei manchen mit einer schwereren Strafe bedrohten Vergehen durch das öffentliche Interesse erfordert wird.[131] Man mag dies unter dem Gesichtspunkt einer gleichmäßigen und gerechten Sühne für alle Straftaten bedauern. Wenn man aber bei geringfügigen Straftaten den Vergeltungszweck hintanstellen will, so besteht noch kein Grund, auch die Präventivzwecke der Strafverfolgung gänzlich beiseite zu lassen. Die Auswirkungen einer Straftat auf die Allgemeinheit können bei den einzelnen Deliktstatbeständen eben durchaus verschieden sein. Deshalb ist die gesonderte Betrachtungsweise der einzelnen Deliktstatbestände im Hinblick auf das öffentliche Interesse geboten.[132]

---

130) Offenbar anders Heinitz, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.232, der zur Geringfügigkeit von Offizialvergehen im Sinne von § 153 Abs.2 StPO meint: "Nicht allein muß sich die Strafwürdigkeit an der unteren Grenze der betreffenden Deliktsgruppe halten, sondern sie muß auch im Verhältnis zu dem Schuldgehalt der kriminellen Vergehen im allgemeinen gering sein".

131) Vgl. Koch,DAR 1961,9:Bei Verkehrsübertretungen muß die Einstellung"auf offensichtliche 'minima' beschränkt bleiben, auf Vorgänge also, deren Ahndung dem Richter den Vorwurf lebensfremder Kleinlichkeit seitens aller gerecht und billig Denkenden eintragen müßte".

Die Ermittlung der durchschnittlichen Schuld und Folgen bei einem bestimmten Deliktstatbestand ist eine Aufgabe eindeutiger Erkenntnis und nicht wählender Beurteilung. Das gilt auch für die Subsumtion des konkreten Falles unter diesen Maßstab. Die wohl herrschende Meinung hat mit Recht die Beurteilung der Einstellungsvoraussetzungen nach § 153 Abs.1 und 2 StPO nicht als eine Ermessensentscheidung angesehen, soweit es sich um die Frage handelt, ob die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind[133]. Ebensowenig ist es eine Ermessensfrage, ob die Schuld des Täters oder die Folgen der Tat "erheblich" sind, d.h. über dem berechtigten Durchschnitt eines Privatklagedeliktes liegen und damit ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 376 StPO begründen. Alle Strafzumessungstatsachen müssen eindeutig daraufhin abgewogen werden, ob sie insgesamt die Höhenmarke des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung erreichen. Hat der Täter eine leichte Körperverletzung gemäß § 223 Abs.1 StGB aus einem niedrigen Beweggrund, z.B. aus Haß begangen, so kann dieser Umstand dadurch kompensiert werden, daß der Verletzte durch sein Verhalten zu der Straftat mit beigetragen hat. Die Mitveranlassung des Verletzten kann nicht nur die Schuld des Täters, sondern auch erheblichere Tatfolgen - wenn im übrigen die Schuld des Täters gering ist - auf das durchschnittliche Maß herunterholen. Täterschuld und Tatfolgen sind gegen Mitverursachung und Mitverschulden des Verletzten abzuwägen und nur der überschießende Teil fällt für die Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ins Gewicht. Sonst ist das pro und contra der verschiedenen Strafzumessungstatsachen unmittelbar im Hinblick auf das öffentliche Interesse zu saldieren. Billigenswerte Beweggründe können z.B. einen erheblichen bei der Tat aufgewendeten Willen doch nicht so gefährlich für die Allgemeinheit erscheinen lassen. Andererseits können die verwerfli-

---

132) Vgl.Koch, DAR 1961,8
133) Vgl. unten S.168

chen Ziele des Täters auch bei einem geringen Maß von Pflichtwidrigkeit die Tat erheblich machen.

Die Folgen der Tat sind im Gegensatz zu den Schulkomponenten nicht zu saldieren, sondern höchstens zu summieren. Entsteht durch die Folgen der Tat mittelbar oder unmittelbar oder zugleich mittelbar und unmittelbar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, so kommt es auf die Größe der Schuld nicht mehr an. Umgekehrt fordert die Allgemeinheit schon allein bei einer erheblichen Schuld die Bestrafung des Täters. Theoretisch können Täterschuld und Tatfolgen gerade noch unter der Höhenmarke des öffentlichen Interesses bleiben. Die verschuldeten Folgen der Tat lassen dann aber das Pendel zur Strafverfolgung hin ausschlagen. Im Einzelfall mag es recht problematisch sein, ob ein Privatklagedelikt unter Abwägung aller Umstände den Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört hat und somit das öffentliche Interesse die Erhebung der öffentlichen Klage gebietet, dennoch kann hier der Rechtsidee nach nur eine Entscheidung die richtige und rechtmäßige sein.

Anders liegt die Sache bei der richterlichen Strafzumessung. Welche Strafe für eine bestimmte Schuld angemessen und gerecht ist, hat der Gesetzgeber begrifflich nicht festgelegt. Der Richter trifft hier einmal eine Auswahl zwischen verschiedenen Strafen, z.B. Gefängnis oder Geldstrafe, gegebenenfalls auch zwischen Sicherungs- und Besserungsmitteln, zum anderen auch zwischen verschiedenen Zwecken der Strafe. Zumindest hinsichtlich der Individual- und der Generalprävention steht nicht fest, welchem Zweck der Vorzug gebührt[134]. Nach der sogenannten Spielraumtheorie, die von der wohl herrschenden Lehre und dem Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertreten wird,[135]

---

134) Vgl.Engisch,Einführung,S.131

135) Maurach, Deutsches Strafrecht,Allgemeiner Teil,S.715; Schönke-Schröder,Strafgesetzbuch,Komm.,Vorbem.§ 13,

besteht für die gerechte Strafe in einem Strafrahmen ein gewisser Spielraum, innerhalb dessen jede Strafe noch als schuldangemessen angesehen werden kann. Weder darf die Strafe, die "noch" schuldangemessen ist, aus generalpräventiven Zwecken überschritten werden[136], noch ist es zulässig, die "schon" schuldangemessene Strafe aus Resozialisierungsgründen zu unterschreiten. Den Nebenzwekken der Strafe, also der General- und Individualprävention, trägt die Spielraumtheorie nur innerhalb der schuldangemessenen Strafe, die vom Vergeltungszweck bestimmt wird[137], Rechnung. Im Grunde genommen geht diese Theorie davon aus, daß dem Richter erkenntnismäßig nur die Feststellung eines schuldangemessenen Rahmens möglich ist. Hiergegen hat man eingewendet, der Richter dürfe nicht bei einem Rahmen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens stehen bleiben, sondern müsse der konkreten Schuld eine feste Strafgröße zuordnen[138]. Schneidewin[139] meint, man könne es dem Verurteilten nicht zumuten, "sich einem ihn verurteilenden Richterspruch innerlich zu beugen, aus dem er erfährt, daß auch noch eine mäßigere Sühne genügt hätte und daß man bei der Wahl mit seinem Schicksal 'gespielt' hat". Nach der Gegenmeinung ist aber die Strafzumessung auch eine Ermessensentscheidung, denn sie sieht alle Zwecke der Strafe für die Strafzumessung als gleichwertig an, wählt also unter ihnen aus, "so daß sowohl zur Si-

---

Erl.5;BGH,Urt.v.10.11.1954,BGHSt 7,28 (32)

136) Keine Überschreitung der schuldangemessenen Strafe aus Gründen der allgemeinen Abschreckung, BGH Urt.v.8.1. 1965, VRS 28,359 (362);
und aus Gründen der Sicherung der Allgemeinheit, BGH Urt.v.4.8.1965, NJW 1965,2016

137) Maurach, a.a.O.,S.713, nicht "Vorbeugung neben Vergeltung", sondern "Prävention innerhalb Vergeltung".

138) Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, Kommentar, Vor §13, Anm.1 A a

139) JZ 1955,506 in seiner ablehnenden Anmerkung zum Urteil des BGH v. 10.11.1954

cherung der Allgemeinheit, vor allem aber zur Beeinflussung des Täters, u.U. aber auch zur Abschreckung Dritter Strafen verhängt werden können, die im Rahmen des Gerechten über das durch die Schuldschwere gebotene Maß hinausgehen"[140]. Der h.L. und dem BGH muß jedoch im Ergebnis beigetreten werden, wenngleich die Begründung der Spielraumtheorie nicht zu befriedigen vermag, da sie an die oben abgelehnte Theorie vom Auslegungsermessen anklingt.[141]

Der Richter hat m.E. bei der Strafzumessung zunächst von dem Vergeltungszweck auszugehen und die sühnegerechte Strafe zu ermitteln. Diese bestimmt sich eindeutig nach der Schwere des Rechtsbruchs, d.h. dem konkreten Gewicht der Tat, "das ihr durch die Begehungsform, das Maß des durch sie herbeigeführten Schadens und die Gefährdung weiterer Rechtsgüter verliehen wird"[142], ferner nach dem Grad der persönlichen Schuld des Täters[143]. Neben dem Vergeltungszweck soll die Strafe aber noch die Nebenzwecke der General- und Spezialprävention erfüllen, um dadurch ein kriminalpolitisches Optimum zu erzielen. So wird es nicht zweckmäßig sein, einen resozialisierungswilligen und -fähigen Täter mit der vollen Härte einer sühnegerechten Strafe zu treffen, da man sonst leicht das Gegenteil der beabsichtigten Wirkung der Strafe erreicht, nämlich, daß der Besserungswille des Täters in Trotz umschlägt. Deshalb kann es oft gerechtfertigt sein, aus dem Gesichtspunkt der positiven Spezialprävention erheblich unter dem

---

140) Schwarz-Dreher, a.a.O.,Vor § 13 Anm. 1 A b

141) Vgl. Maurach, a.a.O.,S.712: "Die Weite des die Tat umspannenden Schuldrahmens wird durch unzählige,dem Richter nur teilweise erkennbare, noch schwerer wertbare Faktoren bestimmt. Die vom Gericht festgesetzte Strafgröße bleibt daher auch noch dann als gerechte Vergeltung bestehen, wenn sie zwischen dem Mindest- und dem Höchstmaß der vom Richter angenommenen Schuldgröße liegt".

142) Maurach, a.a.O., S.716

143) Vgl. BGH, Urt.v.30.9.1952, BGHSt 3,179

Maß einer sühnegerechten Strafe zu bleiben, um dem Täter die Rückkehr in die Rechtsgemeinschaft zu erleichtern. Der positiven Spezialprävention können aber die generalpräventiven Zwecke der Strafe widerstreiten, d.h. die Abschreckung Dritter und unter Umständen die Sicherung der Allgemeinheit vor dem Täter können im Einzelfalle gebieten, daß dem Täter eine höhere Strafe als nach dem Resozialisierungszweck erforderlich und tunlich zugemessen wird, ja daß aus generalpräventiven Gründen trotz günstiger Täterprognose die volle sühnegerechte Strafe ausgesprochen wird. Nun hat der Gesetzgeber nirgendwo festgelegt, ob und in welchem Maße der generalpräventive Zweck der Strafe dem spezialpräventiven vorzugehen hat. Auch steht nicht fest, in welchem Umfange der Richter der negativen Spezialprävention, d.h. der Abschreckung des Täters, gegenüber der positiven Spezialprävention, d.h. dessen Resozialisierung, Rechnung tragen muß. Das gleiche gilt für das Verhältnis der generalpräventiven Zwecke zueinander, also der Abschreckung Dritter und der Sicherung der Allgemeinheit[144]. Der Richter kann daher nach pflichtgemäßem Ermessen wählen, welchem dieser Zwecke er im Hinblick auf das kriminalpolitische Optimum den Vorzug geben will[145] bei der Entscheidung, ob und inwieweit die konkrete Strafe unter der sühnegerechten Strafe anzusetzen ist[146]. Die solchermaßen ermittelte Strafe ist dann die schuldangemessene Strafe. Insoweit richtet sich das Gerechte bei der Strafzumessung materiell nach dem Zweckmäßigen aus[147].

---

144) Zu den Strafzwecken vgl. Schwarz-Dreher, a.a.O., vor § 13 1 A; Schönke-Schröder, a.a.O., Vorbem. § 13 Erl. 4 ff.; Maurach, a.a.O., S. 711 ff.

145) Vgl. Engisch, Einführung, S. 131

146) Insofern wird auch den Bedenken von Warda, a.a.O., S. 165 f., der die Generalprävention als Strafbemessungsfaktor für verfassungswidrig hält, Rechnung getragen. Gegen Warda vgl. Schönke-Schröder, a.a.O., Vorbem. § 13, Erl. 7

147) Vgl. Engisch, Einführung, S. 129 und die dort in Anm. 150 genannten Autoren, insbes. Fr. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1883, Vorträge und Aufsätze I, S. 126 ff., 161

Die schuldangemessene Strafe ist darum auch die gerechte Strafe. Natürlich muß die schuldangemessene Strafe in einem vernünftigen Verhältnis zur sühnegerechten Strafe stehen, sonst ist sie nicht mehr eine gerechte Strafe. Der Sühnezweck grenzt also die schuldangemessene Strafe nach unten ab, womit praktisch das Ergebnis der sogenannten Spielraumtheorie, wiewohl mit einer gewissen Erweiterung der Grenzen nach oben und unten, erreicht ist.

Je nach dem Zweck der Strafe, dem der Richter innerhalb des aufgezeigten Spielraums den Vorzug gibt, fallen die einzelnen Strafzumessungstatsachen verschieden ins Gewicht. Der Richter löst also den Schuldsaldo, den er zur Ermittlung der sühnegerechten Strafe gebildet hat, wieder auf und greift auf die einzelnen Faktoren der Strafzumessung zurück, um ihnen den Einfluß auf die Festsetzung der schuldangemessenen Strafe einzuräumen, der ihnen entsprechend dem gewählten Strafzweck zukommt. Bei der Prüfung der Frage, ob der Grad der Täterschuld ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung begründet, ist jedoch nicht entsprechend den verschiedenen Zwecken der Strafverfolgung wählend auf die einzelnen Strafzumessungstatsachen, die auch Strafverfolgungstatsachen sind, zurückzugreifen, sondern der Schuldsaldo muß im Hinblick auf das öffentliche Interesse von vornherein unter Berücksichtigung des Vergeltungszweckes und der Generalprävention, sowie der negativen Spezialprävention eindeutig bestimmt werden. Nur diese Zwecke berühren das Interesse der Allgemeinheit daran, daß der Täter einer Bestrafung zugeführt wird. Sie sind zumindest alle gleichgeordnet, und selbst wenn sie verschiedenen Rang für das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung besitzen, so findet doch keine Abwägung unter ihnen statt, da nicht eine der Schuld angemessene Maßnahme ermittelt werden muß, die gesetzlich noch nicht genau festgelegt ist, wie das bei der Umwandlung der Schuld in eine Strafe der Fall ist, sondern eine vom Ge-

setzgeber eindeutig vorgezeichnete Maßnahme zu ergreifen ist, entweder die Erhebung der öffentlichen Klage oder ihre Unterlassung.

Die einzelnen Strafverfolgungszwecke heben unabhängig voneinander die Täterschuld oder die Tatfolgen über die Höhenmarke des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Gebietet die negative Spezialprävention, dem Täter zur Warnung einen Denkzettel zu geben, so ist es gleichgültig, ob hierdurch auch das Vergeltungsbedürfnis der Allgemeinheit befriedigt wird oder zugleich die generalpräventiven Zwecke mit verfolgt werden. Hat die Tat provozierende Wirkung auf die Allgemeinheit, so verlangt das öffentliche Interesse die Strafverfolgung zur Abschreckung Dritter, unabhängig davon, daß wegen der Geringfügigkeit der Schuld eigentlich kein Vergeltungsbedürfnis besteht oder der Täter selbst vor künftigen Taten nicht abgeschreckt zu werden braucht. Wenn allerdings der Sühnezweck die Erhebung der öffentlichen Klage gebietet, weil die Schuld des Täters sehr groß ist, so wird meist mit den anderen Verfolgungszwecken schon das gleiche Ziel erreicht sein. Der Staatsanwalt hat sich also bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter den Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO nicht zu fragen, welcher Strafverfolgungszweck soll das unmittelbare Ziel meines Handelns sein, sondern er muß feststellen, welcher der verschiedenen Zwekke schon unabhängig von den anderen die Schuld des Täters oder die Folgen der Tat über den berechtigten Durchschnitt vergleichbarer Verfehlungen hebt.

Der Gedanke der positiven Spezialprävention hat bei der Frage, ob die Tat im öffentlichen Interesse zu verfolgen und zu bestrafen ist, außer Betracht zu bleiben. Weder darf ein Täter allein deswegen angeklagt werden, um ihn zu bessern, noch darf er außer Verfolgung gesetzt werden, um ihm die Unannehmlichkeiten einer Gerichtsverhandlung und die Schande einer Bestrafung zu ersparen, weil er sich besserungswillig und -fähig zeigt. Zwar hat die Allgemein-

heit ein Interesse daran, den Täter durch eine richtige Behandlung zu resozialisieren. Eine Besserungswirkung wird aber nicht erzielt, indem man ausspricht, daß das Verfahren mangels eines öffentlichen Interesses gemäß § 376 StPO oder wegen Geringfügigkeit nach § 153 Abs.1 oder 2 StPO eingestellt wird. Der Resozialisierungszweck kann nur dort erreicht werden, wo es tunlich ist, eine bereits verwirkte sühnegerechte Strafe zu mildern. Auch wenn die Strafmilderung in Ausnahmefällen[148] so weit gehen darf, daß von einer Strafe gänzlich abgesehen werden kann[149], so wird doch durch den Urteilsspruch, der den Täter schuldig spricht, bis zu einem gewissen Grade gewährleistet, daß der Täter sich die Verurteilung zur Lehre dienen läßt. Berücksichtigt man aber schon den Besserungszweck bei der Frage, ob überhaupt ein Sachurteil ergehen darf, so nimmt man sich selbst die Möglichkeit, dem Täter einen strafrechtlichen Vorwurf zu machen. Schließlich ist die Einstellung des Verfahrens nicht eine schuldangemessene Maßnahme, sondern das Eingeständnis, daß ein Strafklagerecht des Staates nicht besteht. So gebietet der Gedanke der positiven Spezialprävention in jedem Falle selbst, den Täter durch ein Strafurteil zur Ordnung zu rufen, wenn seine Schuld unter Berücksichtigung der anderen Strafverfolgungszwecke bereits die Höhenmarke des öffentlichen Interesses erreicht hat. Ohne den moralischen Druck eines Strafurteils im Hintergrund, das die Basis für eine strengere Behandlung bei der nächsten Zuwiderhandlung gegen das Straf-

---

148) Vgl.§§ 82,89 Abs.3,90 Abs.5,90a Abs.5,129 Abs.5,139 Abs.1, 157, 158 Abs.1, 173 Abs.5, 175 Abs.2 StGB, sowie die Kompensationsmöglichkeiten nach §§ 199 und 233 StGB

149) Strafmilderung ist teilweises Absehen von Strafe. Das Absehen von Strafe ist also ein Grenzfall der Strafzumessung und nicht Gnadenerweis. H.v.Weber, MDR 1956,706; vgl. auch den zu Anm.160 zitierten Beschluß des BGH vom 27.10.1961, BGHSt 16,399 (401).

gesetz schafft, ist nicht die geringste Gewähr dafür gegeben, daß der besserungswillige Täter auch wirklich seinen guten Vorsätzen treu bleibt. Diese Überlegungen erhalten ihre volle Bedeutung im Falle der Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit gemäß § 153 Abs.1 oder 2 StPO, denn bei den Privatklagedelikten besteht ja immer noch die Möglichkeit, daß dem Täter auf die Privatklage des Verletzten hin die verdiente Lehre durch das Gericht erteilt wird. Der Staatsanwalt muß aber immer davon ausgehen, daß der Verletzte die Privatklage nicht erhebt. Er hat deshalb in jedem Falle sorgfältig zu prüfen, ob das öffentliche Interesse im Sinne des § 376 StPO Schaden nimmt, wenn die Strafverfolgung von Amts wegen unterbleibt. Im Falle der §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB darf also nicht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, das sich aus dem Vergeltungszweck, der negativen Spezialprävention und den generalpräventiven Zwecken ergibt, gegen ein etwaiges öffentliches Interesse an der Nichtverfolgung des Täters abgewogen werden, das diesen zur besseren Resozialisierung von einer Bestrafung freihalten will.

Das liegt gerade anders bei dem öffentlichen Interesse an der Strafvollstreckung gemäß § 23 Abs.3 Nr.1 StGB. Nach dieser Vorschrift darf das Gericht, das gemäß § 23 Abs.1 StGB die Vollstreckung einer Gefängnis- oder Einschließungsstrafe von nicht mehr als neun Monaten oder einer Haftstrafe aussetzen "kann", die Strafaussetzung zur Bewährung nicht anordnen, wenn "das öffentliche Interesse die Vollstreckung der Strafe erfordert". Bei dem Begriff "öffentliches Interesse" in § 23 Abs.3 Nr.1 StGB ist nach der h.M. und dem Urteil des BGH vom 4.9.1956[150] "abzuwägen zwischen dem Bedürfnis der Allgemeinheit nach einem wirksamen Schutz, insbesondere zwischen dem Strafzweck, andere abzuschrecken, und dem Ziel, den Angeklagten durch

---

150) JR 1956,426

richtige Behandlung nach Möglichkeit zu bessern". Denn "dieses Bestreben dient nicht nur dem Angeklagten, sondern auch der Allgemeinheit". Der BGH fügt hinzu: Diese Absicht "wird durch den Vollzug sehr kurzer Freiheitsstrafen im allgemeinen nicht gefördert, sondern eher erschwert". Das öffentliche Interesse an der Strafvollstrekkung zum Zwecke der gerechten Vergeltung der Tat, zur Abschreckung Dritter und des Täters selbst, sowie zur Sicherung der Allgemeinheit ist hier also gegen das öffentliche Interesse an der Aussetzung der Strafe, "damit der Verurteilte durch gute Führung während einer Bewährungsfrist Straferlaß erlangen kann" (§ 23 Abs.1 StGB), abzuwägen. Dabei wird man eine eindeutige Entscheidung treffen müssen, ob eine Strafaussetzung zur Bewährung mitsamt den nach § 24 StGB zu erteilenden Auflagen gegenüber einer Vollstrekkung der Strafe wegen des Maßes der Schuld keine ausreichende Sühneleistung erbringen würde[151]. Bei gleicher Sühnemöglichkeit hat der Richter aber dann die Wahl, ob er den Resozialisierungszweck oder die anderen noch möglichen Strafzwecke, insbesondere den generalpräventiven Abschreckungszweck, im Rahmen des öffentlichen Interesses an der Strafvollstreckung den Ausschlag geben läßt. § 23 StGB bringt nämlich keinen "Umsturz der Strafrechtszwecke"[152], sondern die Nebenzwecke der Strafe sind auch hier alle gleichwertig[153].

In Abs.2 des § 23 StGB ist nur die Mindestvoraussetzung einer Strafaussetzung zur Bewährung aufgestellt, daß der Ver-

---

151) Zur erforderlichen Gleichwertigkeit der Sühne bei einer Strafvollstreckung mit der zu erwartenden Bewährungsleistung des Verurteilten bei einer Strafaussetzung zur Bewährung vgl. Stein, Diss.1963, S.79 ff., der aber die Abwägung, ob das Bedürfnis nach Sühne der zu erwartenden Bewährungsleistung gerecht entspricht, als eine Ermessensentscheidung betrachtet (a.a.O., S.98).

152) Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch Kommentar, § 23 Anm.1

153) Vgl. Stein, Diss.1963, S.110 ff.

urteilte "unter der Einwirkung der Aussetzung in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen wird", was auf Grund einer umfassenden Persönlichkeitswürdigung des Verurteilten eindeutig zu prognostizieren ist. Diese Mindestvoraussetzung ergibt sich schon aus dem Resozialisierungszweck, der nur erreicht werden kann, wenn der Täter resozialisierungsfähig und -bedürftig ist. Andererseits erweist der Abs.3 des § 23 StGB, daß auch resozialisierungsfremde Strafzwecke bei der Strafaussetzung zur Bewährung zu berücksichtigen sind, ja daß sie, wie stets der Vergeltungszweck, eine Vollstreckung der Strafe gebieten können. So ist man sich in Lehre und Rechtsprechung einig darin, daß die Strafaussetzung zur Bewährung eine Ermessensentscheidung ist, wobei man offensichtlich auch die Abwägung des Resozialisierungszwecks gegenüber dem Vergeltungszweck ermessensmäßig vornehmen will. Streitig ist nur, ob das Wort "kann" in Abs.1 oder der Begriff "öffentliches Interesse" in Abs.3 des § 23 StGB der Sitz des Ermessens ist. Warda[154] sieht den Begriff "öffentliches Interesse" in § 23 Abs.3 Nr.1 StGB als unbestimmten Rechtsbegriff an und läßt eine strafzweckgebundene Wahlmöglichkeit des Richters bei dem Worte "kann" in Abs.1 nur in dem Raum gelten, der zwischen den unabdingbaren Mindestvoraussetzungen des Abs.2 und den äußersten Grenzen des Abs.3 liegt. Das führe dazu, "daß der Richter die Aussetzung der Strafe auch dann ablehnen kann, wenn die Persönlichkeitsprognose positiv ausfällt und keine speziellen Hinderungsgründe aus Abs.3 vorliegen"[155]. Nach dem Sinn und Zweck des § 23 StGB soll aber doch gerade Strafaussetzung unter der Voraussetzung des Abs.2 gewährt werden, wenn nicht Hinderungsgründe aus Abs.3, u.a. des öffentlichen Interesses gemäß Nr.1, vorliegen. "Es wird daher keine Fälle geben, in denen das durch Abs.2 charakterisierte kriminal-

---

154) a.a.O. S.91 f., insbes. dort Anm.46

155) Warda, a.a.O.,S.121; vgl. auch dort S.172

politische Ziel verlassen werden dürfte, die nicht bereits von Abs.3 erfaßt werden"[156]. Warda erkennt selbst an, daß "die Gesamtheit der Argumente, die der Bewilligung der Strafaussetzung bei Vorliegen ihrer in Abs.III umrissenen Voraussetzungen entgegenstehen können, regelmäßig bereits durch die Bezugnahme auf das öffentliche Interesse in Abs.III Nr.1 voll berücksichtigt" werden[157]. Darüber hinaus darf aber in keinem Falle ein anderes Argument die Strafaussetzung zur Bewährung verhindern. Man muß daher mit der h.M. den Begriff "öffentliches Interesse an der Strafvollstreckung" in § 23 Abs.3 Nr.1 StGB als Ermessensbegriff ansehen[158], da der Richter hier nach seiner Wahl einem der verschiedenen Nebenzwecke der Strafe für die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung den Vorzug geben kann. Das gilt aber nur, wenn die Strafaussetzung zur Bewährung und die Strafvollstreckung sühnegleich sind. Insofern ist also Warda recht zu geben, als der Begriff "öffentliches Interesse", soweit er eine Abwägung mit dem Vergeltungszweck meint, nicht eine Ermächtigung zu einer Ermessensentscheidung gewährt.

Die Konstruktion von Warda trifft dagegen zu für den Fall des § 7 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten. Nach Abs.2 dieser Vorschrift "ist" eine Geldbuße festzusetzen, wenn ein öffentliches Interesse an der Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit "besteht". Sonst liegt die Festsetzung einer Geldbuße nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Abs.1 "im pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltungsbehörde". Aber, von einer Geldbuße "ist" gemäß Abs.3 abzusehen, wenn die Ordnungswidrigkeit "unter Berücksichtigung aller Umstände ohne Bedeutung ist". Die Verwaltungsbehörde hat hier also in

---

156) Schönke-Schröder, a.a.O., § 23 Erl.39
157) Warda, a.a.O., S.92
158) Vgl. Schönke-Schröder, a.a.O., § 23 Erl.26 ff.;
Schwarz-Dreher, a.a.O., § 23 Anm.2 B b;
Stein, Diss.1963, S.109 ff., 113;
ständige Rechtsprechung des BGH seit den Urteilen vom 23.4.1954, BGHSt 6,298 (301) und vom 4.11.1954, BGHSt 6,391 (392)

dem Raum, der zwischen dem Verbot nach Abs.3 und dem Gebot nach Abs.2 liegt, die Wahl, ob sie für eine Zuwiderhandlung eine Geldbuße auferlegen oder ein anderes Mittel gegen den Verwaltungsungehorsam, z.B. den Verwaltungszwang oder die gebührenpflichtige Verwarnung nach § 8 OWiG, einsetzen will. Sowohl die"Bedeutungslosigkeit" der Ordnungswidrigkeit als auch das "öffentliche Interesse" an der Verfolgung der Ordnungswidrigkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe[159]. Während aber die Bedeutungslosigkeit ein Verfahrenshindernis für den Bußgeldbescheid darstellt, das vom Gericht in vollem Umfange als unbestimmter Rechtsbegriff zu prüfen ist[160], kann der Betroffene sich in der Regel nicht darauf berufen, daß kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht, denn dieses ist ja nicht Mindestvoraussetzung der Geldbußenfestsetzung, sondern oberste Grenze der Ermessensbefugnis der Verwaltungsbehörde, bei der das "kann" in ein "muß" umschlägt. Nur in den Ausnahmefällen, wo die Behörde zu erkennen gibt, daß sie wegen eines vermeintlichen öffentlichen Interesses die Geldbuße festgesetzt hat[161], im übrigen aber von einer Geldbuße Abstand nehmen würde, kann das Gericht den Bußgeldbescheid wegen falscher Subsumtion des Sachverhalts unter den Begriff "öffentliches Interesse" als ermessensfehlerhaft aufheben. Sonst wird immer die Rechtsauffassung der Verwal-

---

159) Vgl. BayObLG, Beschl.v.30.11.1953, NJW 1954,324

160) h.M. Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,Komm. § 55 Anm.21; Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, Kommentar, § 7 OWiG,Anm.4; st.Rspr.: OLG Bremen, NJW 1950,158; BayObLG, NJW 1951,494; OLG Braunschweig, NJW 1952,397 unter Berufung auf OLG Düsseldorf, MDR 1950,564; OLG Hamm, NJW 1952, 1106; Bay ObLG, NJW 1957,311; OLG Celle, MDR 1957,503; OLG Schleswig, SchlHA 1959,301; BGH v.27.10.1961, BGHSt 16,399; a.A. Kohlhaas, in Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 7 OWiG Anm.3, der meint, das Gericht setze hier sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltungsbehörde.

161) Zu den Fällen, wo ein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht, vgl. Rotberg, a.a.O., § 7 Anm.4

tungsbehörde vom öffentlichen Interesse an der Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 7 Abs.2 OWiG maßgebend sein, da es etwas ähnliches wie eine Klageerzwingung im Verfahren nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz nicht gibt.

Der Vergleich zwischen dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung und dem öffentlichen Interesse an der Strafvollstreckung hat zu dem Ergebnis geführt, daß bei dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung keine Abwägung des Resozialisierungszweckes gegen die anderen Strafzwecke stattfindet und deshalb das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB im Gegensatz zum öffentlichen Interesse an der Strafvollstreckung gemäß § 23 Abs.3 Nr.1 StGB kein Ermessensbegriff ist. Die Rechtsprechung zur Bedeutungslosigkeit einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 7 Abs.3 OWiG läßt weiterhin erkennen, daß nicht alles, was nur durch eine umfassende Würdigung aller Umstände ermittelt werden kann, eine Ermessensentscheidung darstellt. Man wird aber keinen dogmatischen Unterschied machen können, ob nun eine Ordnungswidrigkeit "unter Berücksichtigung aller Umstände" bedeutungslos ist (§ 7 Abs.3 OWiG), oder ob ein Offizialdelikt "geringfügig" (§ 153 Abs.1 und 2 StPO) oder ein Privatklagedelikt "erheblich" ist (§ 376 StPO).

Die objektive Auslegung des Gesetzes hat nun ebenso wie die subjektive Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers ergeben, daß der Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO ein unbestimmter Rechtsbegriff ist. Diese Rechtsauffassung steht und fällt allerdings mit der schon oben[162)] beantworteten Frage, ob das öffentliche Interesse sich in § 376 StPO nicht nur auf die erörterten Strafrechtszwecke, sondern auch auf außerstrafrechtliche Zwecke bezieht. Wollte man z.B. politische Gesichtspunkte

162) S.128 ff.

im Rahmen des öffentlichen Interesses berücksichtigen lassen, so hätte die Staatsanwaltschaft etwa abzuwägen, ob sie trotz durchschnittlicher Schuld und Folgen einen politisch mißliebigen Täter anklagen oder umgekehrt einen Täter in hoher Stellung trotz erheblicher Schuld oder Folgen laufen lassen sollte, um einen Skandal zu vermeiden. Eine solche Abwägung wäre natürlich eine Ermessensentscheidung, denn hier wäre der Endzweck des Handelns der Staatsanwaltschaft nicht das berechtigte Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung, sondern das allgemeine Staatsinteresse, das politischer Opportunität anheimgestellt ist[163]. Das Strafverfahren darf aber selbstverständlich in einem Rechtsstaat nicht zu einem Mittel der Politik werden. Hätte überdies der Gesetzgeber von 1877 die Ablehnung der öffentlichen Klage aus politischen Gründen für zulässig erachtet, so hätte er in solchen Fällen auch die Erhebung der Privatklage, die ja immer daneben möglich bleibt, untersagen müssen. Schon aus diesem Grunde ergibt sich fernerhin, daß die Staatsanwaltschaft nicht etwa von der Erhebung der öffentlichen Klage Abstand nehmen darf, weil durch die öffentliche Verhandlung der Sache Fragen erörtert werden oder Beweismittel in die Öffentlichkeit kommen, deren Geheimhaltung im Interesse einer Behörde liegt[164]. Die Strafprozeßordnung erkennt heute das Geheimhaltungsbedürfnis des Staates als Grund für die Nichtverfolgung einer Straftat ausdrücklich nur in den besonderen Fällen der Delikte gegen den Bestand des Staates an, die in § 153 c Abs.1 Nr.2,3 und 5 StPO aufgezählt sind. Hier kann der Generalbundesanwalt mit Zustimmung des Bundesgerichtshofs von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, "soweit die Durchführung des Verfahrens über die in der Tat selbst liegende Gefährdung hinaus die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigen würde" (§ 153c Abs.2 StPO).

---

163) s.o. S.37 f.

164) Ebenso Simonson, GA 38 (1891),S.145 f.,147; a.A.Hupperschwiller, DRiZ 1930,93; Schreiber, DRiZ 1932,138

Darüber hinaus haben Geheimhaltungsrücksichten als außerstrafrechtliche Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Prüfung der Verfolgungspflicht außer Betracht zu bleiben.

Auch fiskalische Überlegungen der Art, daß die zu erwartende Strafe zu den Verfahrenskosten in keinem tragbaren Verhältnis steht, müssen als außerstrafrechtliche Zweckerwägungen ausgeschieden werden. Zudem stehen die Kosten, wenn der Fall gravierend ist und nur dann ist ja ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage vorhanden, niemals außer Verhältnis zu dem zu erwartenden Erfolg. Im übrigen wird wohl niemand als rechtens ansehen, daß man einen mittellosen Täter nur deshalb laufen läßt, weil von ihm die Verfahrenskosten nicht erstattet werden können.

Hat der Verletzte ein Interesse daran, daß die Tat nicht verfolgt wird, weil er sich mit dem Täter inzwischen arrangiert hat oder die öffentliche Verhandlung der Sache nunmehr scheut, nachdem er zunächst einmal Strafantrag gestellt hatte, so darf diesem privaten Interesse bei der Prüfung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung nicht Rechnung getragen werden. Der Gesetzgeber hat positiv die Fälle entschieden, in denen gemäß § 64 StGB die Rücknahme des Strafantrages zulässig ist, wodurch der Verfolgung des betreffenden Deliktes wieder das Prozeßhindernis eines fehlenden Strafantrages entgegengesetzt wird. Darüber hinaus darf ein später auftretendes Interesse des Verletzten daran, den Täter laufen zu lassen, nach dem Gesetz keine Berücksichtigung bei der Prüfung der Verfolgungspflicht finden. Umgekehrt ist das Interesse des Privatklageberechtigten daran, den Täter von Amts wegen zu verfolgen, nur insoweit von Bedeutung, als die Folgen der Tat den Verletzten derart getroffen haben, daß hierdurch mittelbar ein öffentliches Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage entstanden ist. Nur im Falle des § 80 des Jugendgerichtsgesetzes brauchen die Auswirkungen der Tat auf den Verletzten nicht gleich das öffentliche In-

teresse auf den Plan zu rufen, um die Erhebung der öffentlichen Klage zu rechtfertigen. Gemäß § 80 Abs.1 S.1 JGG ist nämlich das Privatklageverfahren gegen einen jugendlichen Täter ausgeschlossen. An die Stelle der Willkür des Verletzten ist hier das pflichtgemäße Ermessen der Staatsanwaltschaft getreten, "ob Gründe der Erziehung" die Strafverfolgung erfordern (§ 80 Abs.1 S.2 JGG). Da nirgendwo gesetzlich festgelegt ist, welche Gründe der Erziehung im Einzelfalle den Ausschlag geben sollen, hat die Staatsanwaltschaft unter ihnen eine begrenzte Wahlmöglichkeit.

Nun wollte man den Privatkläger nicht gänzlich seines Genugtuungsrechtes gegen einen jugendlichen Täter berauben. Deshalb hat der Staatsanwalt einen Jugendlichen nach § 80 Abs.1 S.2 JGG auch dann zu verfolgen, wenn ein "berechtigtes Interesse des Verletzten, das dem Erziehungszweck nicht entgegensteht, es erfordert". Dieses "berechtigte Interesse" des Verletzten ist natürlich niedriger anzusetzen als das berechtigte Interesse des Verletzten, das die Allgemeinheit nach § 376 StPO zu ihrem eigenen Anliegen machen würde. Hier ist schon jeder vernünftige Anlaß für den Wunsch nach Verfolgung der Tat zu berücksichtigen, der sich von einem auf Rache- oder Haßgefühlen beruhenden Bedürfnis der Strafverfolgung unterscheidet[165]. Der Jugendstaatsanwalt muß aber immer das berechtigte Interesse des Verletzten mit einem eventuell entgegenstehenden Erziehungszweck abwägen. Da diese Abwägung je nach dem zu wählenden Erziehungszweck verschieden ausfallen kann, trifft der Staatsanwalt hier eine Ermessensentscheidung. Die Verfolgung eines Jugendlichen wegen eines Privatklagedeliktes ist also in dem Raum, der zwischen der Geringfügigkeit der Tat (§ 45 Abs.2 Nr.2 und § 47 Abs.1 Nr.2 JGG) und der Erheblichkeit von Schuld und Folgen liegt (§ 376 StPO), in das

---

165) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, § 80,Erl.11; Grethlein, Jugendgerichtsgesetz,Kommentar, § 80 Anm.1 b

pflichtmäßige Ermessen des Jugendstaatsanwalts gestellt, obwogl der strikte Gesetzeswortlaut eigentlich für einen Fall des modifizierten Legalitätsprinzips spricht[166]. Dagegen haben die Erziehungszwecke bei der Beurteilung, ob das öffentliche Interesse gemäß § 376 StPO die Verfolgung eines jugendlichen Täters gebietet, außer Betracht zu bleiben, da ja die Verfolgungsmöglichkeit des Jugendstaatsanwalts nach § 80 JGG nur das sonst zulässige Privatklageverfahren ersetzen soll.

In der Literatur ist fernerhin die Frage aufgeworfen worden, ob der Staatsanwalt ein Privatklageverfahren gemäß § 377 Abs.2 S.1 StPO übernehmen muß - gegebenenfalls auch durch Einlegung eines Rechtsmittels nach § 377 Abs.2 S.2 StPO -,wenn er von der Unschuld des Privatbeklagten überzeugt ist, bzw. das Urteil des Gerichts für falsch hält.[167] Für die Übernahme der Verfolgung gemäß § 377 Abs.2 StPO gelten aber die gleichen Voraussetzungen wie für die Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 376 StPO. Der Staatsanwalt darf jedoch niemals die öffentliche Klage nach § 376 StPO erheben, nur um die Unschuld des Beschuldigten, von der er überzeugt ist, gerichtlich feststellen zu lassen. Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" ist ein Interesse an der Bestrafung des Täters und nicht

---

166) Es ist h.M., daß der Jugendstaatsanwalt gemäß § 80 JGG nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet, Dallinger-Lackner, a.a.O., § 80 Erl.12 f.; Grethlein, a.a.O.,§ 80 Anm.1c; Bender, Jugendgerichtsgesetz, § 80 Anm.14

167) Für die Übernahme: Simonson,GA 38 (1891),S.150 ff.; offenbar auch eine frühere Auflage des Kommentars von Löwe-Rosenberg (vgl. Schreiber, DRiZ 1932,138); vgl. auch Gerland, Der Deutsche Strafprozeß, 1927, S.162, der meinte, die Staatsanwaltschaft könne die Verfolgung mit dem Ziele übernehmen, um das Verfahren zur Einstellung nach § 153 StPO zu bringen (damals gab es noch nicht die Einstellungsmöglichkeit gemäß § 383 Abs.2 S.1 StPO).
Gegen die Übernahme: Vollert,Blätter f.Rechtspflege in Thüringen u.Anhalt,36 (1889),S.17 ff.; Schreiber, DRiZ 1932,138; Urt.d.KG,Jahrb.2.S.201 (zit. nach Schreiber, a.a.O.)

an dessen Rehabilitierung[168]. Deshalb ist die Übernahme des Privatklageverfahrens mit dem Ziele, den Täter vor einer Bestrafung zu bewahren, unstatthaft. Schließlich stehen dem Täter selbst genügend Mittel zur Verfügung, um sich gegen eine ungerechte Verurteilung zu wehren.

Die Staatsanwaltschaft darf auch nicht die öffentliche Klage erheben, um über eine zweifelhafte Rechtsfrage eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen[169]. Die Staatsanwaltschaft hat als ein der Rechtstreue verpflichtetes Organ der Strafrechtspflege die zweifelhaften Rechtsfragen eigenverantwortlich zu entscheiden. Im übrigen kann sie hier ohne weiteres abwarten, bis eine Privatklage das betreffende juristische Problem zur Sprache bringt.

Ein weiteres gewichtiges Argument gegen die Auffassung der h.M., die § 376 StPO als eine Ermächtigung zu einer Ermessensentscheidung ansieht, soll die Erörterungen über die Rechtsnatur des Begriffes "öffentliches Interesse" in § 376 StPO beschließen, nämlich: der Strafprozeßgesetzgeber von 1877 hat selbst keinen einzigen Fall des Anklageermessens geschaffen[170]. Die Ausnahme vom Anklagezwang § 4 Abs.2 RStGB (a.F.), wonach die Staatsanwaltschaft wegen der im Ausland begangenen Verbrechen und Vergehen unter bestimmten Voraussetzungen Anklage erheben konnte, war schon durch das Gesetz betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuches und die Ergänzung desselben vom 26.2.1876[171] eingeführt worden. Diese Vorschrift stellte zudem in erster Linie eine Ausnahme von der Straf-

---

168) Ebenso Vollert, a.a.O.,S.17

169) a.A. Schreiber, DRiZ 1932,138; Stratmann, Diss. 1938, S.48

170) Vgl. Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1898, § 152 Anm.5 u.6; Birkmeyer, DJZ 1909, 1051, die den § 376 StPO als einzige Durchbrechung des Legalitätsprinzips zur damaligen Zeit betrachteten.

171) RGBl. S.25

losigkeit dar, die sich aus dem Territorialprinzip des § 3 RStGB (a.F.) eigentlich ergeben hätte[172]. Eine weitere Ermessensvorschrift gab dieses Gesetz mit § 37 RStGB (a.F.). Danach konnte die Staatsanwaltschaft ein Nachverfahren zur Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte gegen einen Deutschen durchführen, der im Ausland wegen eines Deliktes bestraft worden war, das nach deutschem Strafrecht den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hatte. Weiterhin war das objektive Verfahren gemäß § 42 StGB bereits in dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 geregelt. Der Gesetzgeber von 1877 hat durch die §§ 430 ff. StPO (§§ 477 ff. a.F.) dieses Verfahren lediglich prozessual näher ausgestaltet. Im übrigen stellt das objektive Verfahren keine Ausnahme vom Anklagezwang, sondern eine Ausnahme vom Verfolgungszwang dar. Auch mit der Bestimmung des § 208 RStPO a.F. hat der Gesetzgeber von 1877 keinen Fall des Anklageermessens geschaffen[173]. Nach dieser Vorschrift konnte das Gericht, wenn die Voruntersuchung sich auf mehrere derselben Person zur Last gelegte strafbare Handlungen erstreckt hatte, auf Antrag der Staatsanwaltschaft beschließen, daß das Verfahren in Ansehung eines Straffalles, dessen Feststellung für die Strafzumessung "unwesentlich erscheint", vorläufig einzustellen sei. Hier hatte also die Staatsanwaltschaft bereits nach dem Legalitätsprinzip die öffentliche Klage erhoben, und es wurde nurmehr ihrem Ermessen und weiterhin dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob das Verfahren angesichts der Beweisschwierigkeiten weiterhin auf unwesentliche Nebendelikte erstreckt bleiben sollte.

---

172) Vgl. Birkmeyer, DJZ 1909, 1052.
Erst die Geltungsbereichsverordnung v.6.5.1940 (RGBl.I,S.754) führte mit § 153b StPO den Personalgrundsatz ein.

173) Vgl. von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S.268

Schließlich hat der Gesetzgeber von 1877, der zur gleichen Zeit die Strafprozeßordnung vom 1.2.1877 und das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877 beraten und verabschiedet hat, auch nicht mit den §§ 146, 147 GVG, wonach die Staatsanwaltschaft letztlich den Weisungen des Justizministeriums unterworfen ist, eine Ausnahmeregelung vom Legalitätsprinzip getroffen. Dürfte das Justizministerium entgegen dem Legalitätsprinzip der Staatsanwaltschaft Weisungen erteilen, würde das die Einsetzung und Außerkraftsetzung des Legalitätsprinzips in einem Zuge bedeutet haben[174]. Deshalb hat sich auch nicht die Auffassung durchsetzen können, das Justizministerium selbst sei im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft nicht an das Legalitätsprinzip gebunden[175]. Heute besteht hierzu keine Kontroverse mehr[176]. Endlich hat der Gesetzgeber von 1877 auch nicht die sogenannte Abolition, d.i. die Niederschlagung eines schwebenden Verfahrens, die zum Teil in den damaligen Bundesstaaten, z.B. in Sachsen, gesetzlich geregelt war, in die Reichsgesetzgebung übernommen[177].

Man muß nunmehr zu dem Schluß kommen, daß der Gesetzgeber von 1877 auf Grund seiner ablehnenden Einstellung zum Opportunitätsprinzip[178] niemals die Bestimmung des § 376

---

174) Vgl. Ortloff, GS 49 (1894),S.286; Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts,1900, S.275

175) Dieser Ansicht war z.B. Mittermaier, bei Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906, S.154,159; dagegen die h.L.: Beling,Deutsches Reichsstrafprozeßrecht,1928,S.79; Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, 1929; ferner die bei Hertz, Diss.1935,S.48,Anm.40 genannten Autoren.
Nach 1933 war dies naturgemäß wieder sehr umstritten. Für die Freiheit des Justizministeriums vom Legalitätsprinzip z.B. Oetker,GS 105(1935),S.372 ff. mit der damals h.L; dagegen: Dahm, ZStrW 54 (1935),S.407

176) Vgl. Schwarz-Kleinknecht,Strafprozeßordnung,§ 146 GVG Anm.2

177) Durch § 6 EGStPO wurde allerdings die Abolition in den einzelnen Bundesstaaten auch nicht abgeschafft,da sie nicht auf prozeßrechtlicher Vorschrift beruhte,sondern staatsrechtlicher Natur war (vgl.von Kries,Lehrbuch

StPO eingeführt hätte, wenn damit außerstrafrechtliche Zweckerwägungen in die Strafrechtspflege Eingang finden sollten. Der Wille des Gesetzgebers war, wie sich aus den Materialien und nun zusätzlich aus dem Umstand ergibt, daß 1877 keine einzige Ausnahme vom Anklagezwang getroffen wurde, eindeutig auf die Schaffung einer strikten gesetzlichen Voraussetzung für die Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 376 StPO gerichtet. Da auch die objektive Auslegung des § 376 StPO erweist, daß hier unter den Strafverfolgungszwecken keine eigentliche Wahl vorgenommen werden muß, ist mithin das öffentliche Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 376 StPO entgegen der h.M. als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen.

III.

Das Verfolgungsverbot von Übertretungen und Vergehen gemäß § 153 Abs.1 und 2 StPO

Die Vorschrift des § 153 StPO ist eine der umstrittensten Bestimmungen in unserem Strafverfahrensrecht, versucht sie doch den Grundsatz "minima non curat praetor" mit dem Bedürfnis des Verletzten nach Bestrafung des Täters und dem Allgemeininteresse an einer gleichmäßigen und gerechten

---

des deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S.104 ff.; Förster, Diss.1923, S.12 ff.; Kamps, Diss. 1930, S.40 f.)

178) Vgl. Hahn, Materialien, Protokolle der Kommission, Erste Lesung,S.196/710. Die Regierungsvertreter von Amsberg und Hanauer erklärten hier ausdrücklich, daß das Legalitätsprinzip gelten solle und nicht wie im Entwurf zur Strafprozeßordnung das Opportunitätsprinzip.

Strafrechtspflege in Einklang zu bringen. So ist es nicht verwunderlich, daß der Einführung des § 153 StPO im Jahre 1924 zahlreiche Gesetzentwürfe während einer zwanzigjährigen Entstehungsgeschichte voraufgegangen sind. Auch hernach hat es nicht an Abänderungsvorschlägen gefehlt, die zum Teil auch Gesetz geworden sind. Zuletzt ist die Vorschrift durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12.1964 (StPÄG)[179] neu formuliert worden. § 153 StPO gilt nunmehr in folgender Fassung:

> Übertretungen werden nicht verfolgt, wenn die Schuld des Täters gering ist, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht.
> Ist bei einem Vergehen die Schuld des Täters gering und besteht kein öffentliches Interesse an der Verfolgung, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts das Verfahren einstellen.
> Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach Anhörung des Angeschuldigten das Verfahren in jeder Lage einstellen; der Beschluß kann nicht angefochten werden.

Vor dem StPÄG hatte § 153 StPO dagegen folgenden Wortlaut:

> Übertretungen werden nicht verfolgt, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht.
> Ist bei einem Vergehen die Schuld des Täters gering und sind die Folgen der Tat unbedeutend, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters

---

179) BGBl. I,S.1067

von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren in jeder Lage einstellen; der Beschluß kann nicht angefochten werden.

Diese Formulierung entsprach der ursprünglichen Fassung des § 153 im Jahre 1924, mit einer Ausnahme: durch das dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953[180] sind in Abs.3 die Worte: "in jeder Lage" eingefügt worden. Dadurch hat die alte Streitfrage, ob das Verfahren noch in der Revisionsinstanz wegen Geringfügigkeit eingestellt werden darf, eine positive Klärung gefunden. Durch das StPÄG von 1964 sind nun zwei weitere Streitfragen gesetzlich entschieden worden. Einmal ist in Abs.2 klargestellt, daß die Staatsanwaltschaft die Zustimmung zur Einstellung eines Vergehens bei dem zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gericht einholen muß; zum anderen ist in Abs.3 nunmehr ausdrücklich vorgeschrieben, daß das Gericht die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit nur nach Anhörung des Angeschuldigten beschließen darf. Schon vor der Gesetzesänderung hatte die h.M. den § 153 Abs.2 und 3 StPO in diesem Sinne ausgelegt. Darüberhinaus ist durch das StPÄG von 1964 in Abs.1 der Passus "und die Folgen der Tat unbedeutend sind" ersatzlos gestrichen und in Abs.2 die gleiche Einstellungsvoraussetzung "und sind die Folgen der Tat unbedeutend" durch die Formulierung ersetzt worden: "und besteht kein öffentliches Interesse an der Verfolgung". Um entscheiden zu können, ob sich hierdurch sachlich etwas geändert hat gegenüber dem früheren Rechtszustand, muß zunächst § 153 in der alten Fassung ausgelegt werden.

Zur Rechtsnatur der Einstellungsvoraussetzungen nach § 153 StPO werden folgende Auffassungen vertreten: Die wohl überwiegende Meinung sieht die "Mindestbedingungen"

---

180) BGBl.I, S.735

für die Einstellung einer Übertretung und eines Vergehens, daß "die Schuld des Täters gering" ist und "die Folgen der Tat unbedeutend" sind, als eine Rechtsfrage an[181]. Im Unterschied dazu soll die weitere Einstellungsvoraussetzung des Abs.1, daß kein "öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" besteht, eine Ermessensfrage sein[182]. Ebenso betrachtet sie das Wort "kann" in Abs.2 als eine Ermächtigung zu einer Ermessensentscheidung[183]. Eine starke Meinung hat allerdings

---

181) Ostler, Diss.1931,S.87, der noch vom "gebundenen Ermessen" spricht, was nach heutiger richtiger Terminologie "unbestimmter Rechtsbegriff" heißt; Stratmann, Diss.1938,S.50; Kohlhaas, GA 1956,S.249; Heinitz, Festschrift für Theodor Rittler, 1957,S.332, der allerdings in JZ 1963,133 (Anm.zu dem Urt.des OLG Hamburg v.19.7.1961)hier von unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum spricht; ferner Görcke, ZStrW 73 (1961),600.
Auf dieser Ansicht beruht eigentlich die unterschiedliche Behandlung der Begriffe "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen" gegenüber dem Begriff "öffentliches Interesse" bei der gerichtlichen Prüfung dieser Einstellungsvoraussetzungen, so daß im Grunde auch die in Anm.182 genannten Autoren der gleichen Auffassung sind, wenngleich sie nicht ausdrücklich zu der Rechtsnatur der "Mindestbedingungen" Stellung nehmen.

182) Kiesow, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1924, § 153 Anm.2: "Die Mußvorschrift des Abs.1 wird durch den Zusatz 'es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht' praktisch zu einer Kannvorschrift".
Ebenso Nagler, GS 90 (1924),S.425; Bumke, Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, 1924, S.74; Schäfer-Hartung, Strafrecht und Strafprozeß, Teil II, 1924, § 153 StPO Anm.3; Grebe, GA 72 (1928), S.90; Ostler, Diss.1931,S.87; Görcke, ZStrW 73 (1961), 600; Fuhrmann bei Dalcke, Strafrecht und Strafverfahren, 1961, § 153 StPO Anm.4; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 StPO Anm.5;
BayObLG, Urt.v. 14.11.1951, BayObLGSt 1949/51, S.576

183) Bumke, a.a.O.,S.74 Anm.11; Schäfer-Hartung, a.a.O., § 153 StPO, Anm.9; Lobe, GS 96 (1928),S.42; Ostler, Diss.1931,S.89;Stratmann, Diss.1938,S.55; Warda, a.a.O.,S.96

die drei unbestimmten Begriffe: "geringe Schuld", "unbedeutende Folgen" und "öffentliches Interesse" in Abs.1, bzw. "kann" in Abs.2, einheitlich als Ermessensbegriffe ausgelegt[184]. Nur wenige verstehen die drei Begriffe in Abs.1 als unbestimmte Rechtsbegriffe, § 153 Abs.1 also als ein gesetzliches Verfolgungsverbot für Übertretungen[185]. Noch weniger Autoren sehen in dem Wort "kann"

---

184) RG, Urt.v.9.2.1925, RGSt 59,54;
Feisenberger, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1926, § 153 StPO Anm.3;Niese SJZ 1950, 897; Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.396

185) Mannheim,JW 1925,1001 in seiner ablehnenden Anm.zum Urt.des RG v.9.2.1925, der die Voraussetzungen nach § 153 Abs.1 als typischen Fall des "gebundenen",aber nachprüfbaren Ermessens ansieht; vgl.auch dens.in: Beiträge zur Lehre von der Revision, 1925,S.151; Mannheim hatte allerdings in JW 1924,1649 alle drei Begriffe in § 153 Abs.1 als "kautschukartig" bezeichnet, die als Richtschnur unzulänglich sind; ferner Lobe,GS (1928),S.42; offenbar auch Hagemann, JR 1929,118 f.; ferner Johann,Diss.1931,S.77 ff.,84; Kieper, Die Durchbrechung des Legalitätsprinzips durch § 153 StPO, Diss.Kiel 1934, § 17 (Zitat nach Stratmann,Diss.1938, S.49, da die Diss.von Kieper leider verbrannt ist); Reh, NJW 1952,1122; Albrecht Weber,Diss.1953, S.45; Warda, a.a.O.,S.96; Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz,1965,S.367, Randnr.18; vgl.ferner Sax, KMR, Einl.3 II c;
vgl. auch OLG Jena, Urt.v.17.2.1933, JR 1933, HR Nr.975 zu § 2 der NotVO v.6.10.1931 (RGBl.I,S.1563). Die NotVO hatte den § 153 Abs.1 i.V.m. Abs.3 StPO durch folgende Fassung ersetzt:

> "Übertretungen werden nur verfolgt, wenn es das öffentliche Interesse erfordert.
> Nach Erhebung der Klage kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen einer Übertretung einstellen, wenn das öffentliche Interesse die Verfolgung nicht erfordert".

Das OLG Jena führte a.a.O. hierzu aus:"Die Einstellung steht nicht im freien Ermessen des Gerichts, vielmehr ist es an den Grundsatz, daß Übertretungen nur verfolgt werden, wenn es das öffentliche Interesse erfordert, gebunden. Der Gebrauch des Wortes 'kann' besagt nur, daß das Gericht dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einstellung nicht stattgeben muß, sondern selbst zu prüfen hat, ob ein öffentliches Interesse vorliegt". Das OLG Jena beschloß aber selbst nicht die Einstellung des Verfahrens, "da die Prüfung des öffentlichen Interesses eine Frage tatrichterlichen Ermessens ist",womit es offensichtlich nur meinte, daß im gegebenen Falle die tatsächlichen Fest-

in Abs.2 keine Ermessensermächtigung[186]. Demgemäß "muß" das Verfahren wegen eines Vergehens eingestellt werden, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind.

Nachdem das StPÄG von 1964 die "unbedeutenden Folgen der Tat" als Einstellungsvoraussetzung gestrichen hat, werden nunmehr die Folgen der Tat bei dem "öffentlichen Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" in Abs.1[187] und bei dem "öffentlichen Interesse an der Verfolgung" in Abs.2[188] mit berücksichtigt. Das Wort "kann" in Abs.2 soll nun nicht mehr als Ermessensermächtigung aufgefaßt werden, da die Zweckmäßigkeitserwägungen jetzt bei dem Begriff "öffentliches Interesse an der Verfolgung" anzustellen seien. Deshalb wird Kritik daran geübt, daß der Gesetzgeber in Abs.2 das Wort "kann" beibehalten hat, denn: "Teilt das Gericht die Auffassung der Staatsanwaltschaft, die Schuld sei gering und es bestehe kein öffentliches Interesse an der Verfolgung, so ist

---

stellungen des Vorderrichters nicht für eine selbständige Subsumtion unter den Begriff "öffentliches Interesse" ausreichten (vgl. hierzu unten S.349 ff.). Zustimmend zum OLG Jena: Löwe-Hellweg-Rosenberg, 19. Aufl. 1936, S.523, Zeile 23.
Nach 1945 wurde schon im zonalen Rechtsbereich die alte Regelung des § 153 StPO vom Jahre 1924 wieder eingeführt.

186) So offenbar Hagemann, JR 1929,S.118 f.; ebenso wohl auch Löwe-Rosenberg, 18.Aufl. 1929, S.425, wonach "dieses Wörtchen 'kann' überhaupt nur den einen vernünftigen Sinn und Zweck haben soll, daß in den Fällen des Abs.2 die Staatsanwaltschaft ihre Entschliessung über die Erhebung der öffentlichen Klage erst nach Erforschung des Sachverhalts (§ 160) treffen darf" (zit.nach Betz, Diss.1934,S.61,Anm.3, der die Ansicht von Lö-Ro jedoch ablehnt).
Vor allem: Heinitz, Festschrift f.Theodor Rittler, 1957,S.332

187) Reinhold Weber, NJW 1966, 1243 f.

188) Sommer in: Kaiser, Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform,1965,S.77; Schwarz-Kleinknecht,Strafprozeßordnung,§153,Anm.2A; Müller,KMR,§ 153 Anm.2c;Reinh.Weber, NJW 1966, 1244

schwerlich einzusehen, warum dann das Gericht nur einstellen 'kann' und nicht, wenn es pflichtgemäß entscheidet, einstellen 'muß'"[189].

Um entscheiden zu können, welche der vorauf genannten Ansichten die richtige ist, muß auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zurückgegangen werden. Auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8.12.1923[190] erließ der damalige Reichsjustizminister Emminger die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1.1924[191]. Damit kam die seit dem Jahre 1903 angestrebte Reform des Strafverfahrensrechts durch ein Dekret der Reichsregierung zu einem vorläufigen Abschluß, nachdem die Gesetzgebungsorgane sich bisher vergebens über die beste Lösung der zahlreichen anstehenden Probleme zu einigen versucht hatten. In dem Bericht über die Verhandlungen des Ausschusses des Reichstages, der gemäß § 1 Abs.1 S.2 des Ermächtigungsgesetzes vom 8.12.1923 vor dem Erlaß der Verordnung vom 4.1.1924 gehört worden ist, heißt es[192]: "Die Verordnung will bis an die Grenze des im Interesse der Rechtspflege noch Erträglichen die Strafrechtspflege vereinfachen und damit verbilligen"[193]. Von den Verbilligungsmaßnahmen hebt der Bericht besonders die Einschränkung des Verfolgungszwangs in den §§ 23 ff. der Verordnung hervor. Diese sind als §§ 153 ff. in die neugefaßte Strafprozeßordnung vom 22.3.1924[194] aufgenommen worden.

---

189) Reinhold Weber, NJW 1966,1244
190) RGBl. I,S.1179
191) RGBl. I,S.15
192) abgedruckt bei Bumke, a.a.O., Anhang S.96
193) Vgl. auch Bumke, a.a.O.,S.6: "Man erkannte, daß ein geschlagenes und verarmtes Volk auch auf dem Gebiete der Rechtspflege auf alles Entbehrliche und selbst auf Dinge verzichten muß, die in besseren Tagen unentbehrlich erschienen".
194) RGBl. I,S.299

Die Finanznot des Reiches war nur der unmittelbare Anlaß dafür, nun endlich den generellen Verfolgungszwang für die geringfügige Kriminalität zu lockern, nachdem bereits die im Jahre 1903 vom Reichsjustizamt auf eine Resolution des Reichstages hin eingesetzte Kommission für die Reform des Strafprozesses die Einschränkung des Verfolgungszwangs befürwortet hatte[195]. Leider gibt es für die Lex-Emminger, da sie eine Notverordnung ist, keine Gesetzesmaterialien. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als den mühevollen Weg über die zahlreichen Vorentwürfe mit ihrer kritischen Resonanz in der Rechtswissenschaft zurückzugehen, um den Willen des Gesetzgebers von 1924 zu erforschen. Diese Mühe wird sich lohnen.

Im Jahre 1908 legte die Reichsregierung den Entwurf einer Strafprozeßordnung (E I) vor, der auf den im Jahre 1905 veröffentlichten Beschlüssen der im Jahre 1903 eingesetzten Reformkommission basierte. Die entsprechende Vorschrift zu § 153 StPO stellte im Entwurf von 1908 der § 154 dar, der folgendermaßen lautete[196]:

> In Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind[197], kann die Staatsanwaltschaft von jedem Einschreiten absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen durch das öffentliche Interesse nicht geboten erscheint.
> Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen.

---

195) Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1905, Bd.1 S.135, Bd.2, S.37.
Zu den bald nach 1877 einsetzenden Reformbestrebungen, die prinzipale Privatklage weiter auszudehnen, vgl. Hertz, Diss.1935, S.52 ff.

196) Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze nebst Begründung, Amtliche Ausgabe 1908

197) Das waren nach § 23 Nr.3 GVG a.F. alle Übertretungen und die mit Haft oder Geldstrafe bis zu 300 RM bedrohten Vergehen.

Hierzu stellt die Begründung des Entwurfs fest[198]: "Die Milderung des strengen (Legalitäts-) Prinzips (ist) in Sachen möglich, die wegen der Geringfügigkeit der Straftat oder aus anderen Gründen eine abweichende Behandlung gestatten. ... Man darf nach den bisherigen Erfahrungen zu den Strafverfolgungsbehörden das Zutrauen haben, daß sie das pflichtmäßige Ermessen darüber, ob eine Strafverfolgung im öffentlichen Interesse liegt, auch bei einer Erweiterung ihrer Befugnisse unparteiisch walten lassen werden". Indes sind gegen diese Erweiterung der Machtbefugnisse des Staatsanwalts erhebliche Bedenken geltend gemacht worden.[199] Aschrott meint, soweit das Legalitätsprinzip nicht Platz greife, müsse als Korrelat das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft ausgeschaltet und die subsidiäre Privatklage eingeführt werden[200]. § 154 E I sei verfehlt, weil darin das öffentliche Interesse "zur Bedingung der Strafbarkeit" erhoben sei. Das sei "ein Eingriff in das materielle Strafrecht"[201]. Liepmann[202] stimmt den Reformvorschlägen nur deshalb zu, weil er eine rechtsstaatliche Garantie darin erblickt, daß der Richter auch über Opportunitätsrücksichten entscheiden darf, wenn er prüft, ob die Staatsanwaltschaft berechtigterweise Anklage erhoben hat. Dadurch gerate das Gericht nicht "in eine schiefe Stellung", denn die Prüfung von Zweckmäßigkeitsfragen "fällt ihm bereits nach den §§ 153 II, 154 II, 155 III, 193 IV, 374 I E hinsichtlich der Frage zu, ob sich die Einstellung wegen

---

198) a.a.O., Sp. 152

199) Ganz ablehnend Nagler, GS 73 (1909), S.169 ff.; vgl. auch Birkmeyer, DJZ 1909, 1049 ff.

200) Aschrott, Entwurf, Kritisch besprochen, 1908, S.36, 38; ebenso von Lilienthal, ZStrW 29 (1909), S.208 ff. Die Reformkommission von 1903/5 wollte dagegen entsprechend der Einschränkung des Verfolgungszwangs die prinzipale Privatklage weiter ausdehnen (Protokolle 1905, Bd.2, S.286)

201) Aschrott, a.a.O., S.35

202) Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform, 1909, S.49

Mangels des öffentlichen Interesses empfiehlt". Der 29.Deutsche Juristentag in Karlsruhe im Jahre 1908 konnte sich leider nicht mehr eingehend mit dem Entwurf I befassen, da er gerade erst bekannt geworden war. Das dem Juristentag vorgelegte Gutachten von Ullmann hatte aber im wesentlichen die gleiche Einschränkung des Legalitätsprinzips vorgeschlagen. Man faßte hierzu u.a. folgenden Beschluß: "Ungerechten oder entbehrlichen Bestrafungen vorzubeugen, ist Aufgabe der Reform des materiellen Strafrechts"[203]. Auf der Berliner Tagung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung im Jahre 1909 wurde gegen die Bestimmung des § 154 E I überwiegend deswegen Sturm gelaufen, weil sie eine "Entrechtung" des Verletzten mit sich bringe[204]. Außerdem lehnte man die Richtschnur des "öffentlichen Interesses" in § 154 als zu unbestimmt ab.[205]

Daraufhin wurde der Entwurf I bei den Bundesratsbesprechungen umgearbeitet ,und § 154 erhielt als § 153 im Entwurf II von 1909 folgende Fassung[206]:

> In Sachen, die von den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, kann die Staatsanwaltschaft von Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen wegen Geringfügigkeit der Handlung nicht geboten erscheint.

---

203) Olshausen, Der deutsche Juristentag. Eine Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum, 1910, S.449; vgl. auch den oben auf S.102 zitierten weiteren Beschluß des Juristentages.

204) Vgl. Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd.16; hierzu Stratmann, Diss.1938, S.19

205) Feisenberger und Löwenstein, Mitteilungen der IKV, Bd.16, S.235 ff., S.258 bzw. S.291; ebenso Nagler, GS 73 (1909), S.169 ff.; von Lilienthal, ZStrW 29 (1909), S.208

206) Verhandlungen des Reichstags 1907/1909 Nr.1310

Wird die Verfolgung vom Verletzten beantragt, so darf der Antrag nur abgelehnt werden, weil die tatsächliden Unterlagen nicht ausreichen.
Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen; war die Verfolgung vom Verletzten beantragt, so bedarf es seiner Zustimmung.

Der dem Reichstag vorgelegte Entwurf II wurde zur Beratung an die Justizkommission des Reichstages weitergeleitet. Nach der ersten Lesung beschloß die Kommission, statt des § 153 E II folgenden § 155a in die Strafprozeßordnung aufzunehmen[207]:

Bei Übertretungen kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des zuständigen Gerichtes von Erhebung der Klage absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen durch das öffentliche Interesse oder wegen Geringfügigkeit der Verfehlung nicht geboten erscheint. Sieht sie von der Erhebung der Klage ab, so hat sie den zu benachrichtigen, der die Tat angezeigt hatte.
Wird die Verfolgung von einer Person beantragt; die daran ein berechtigtes Interesse hat, so darf der Antrag nur abgelehnt werden, weil die tatsächlichen Unterlagen nicht ausreichen.
Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen; war die Verfolgung von einer Person beantragt, die daran ein berechtigtes Interesse hat, so ist deren Zustimmung erforderlich.

Gegen diese Bestimmung wandte sich Höpfner[208] mit folgenden zutreffenden Argumenten, denen dann die Kommission des Reichstages in ihrer zweiten Lesung bei der Neufassung des § 155a Rechnung getragen hat: "1. Kann bei Übertretungen die Staatsanwaltschaft nur mit Zustimmung des Gerichts

---

207) Wellstein, DJZ 1910, 1252
208) GA 57 (1910), S.286 Anm.9

die Anklage unterlassen, so geht der Vorteil der Arbeitsersparnis zum großen Teil wieder verloren. 2. Die Verfolgung soll unterbleiben können, wenn sie durch das öffentliche Interesse o d e r wegen Geringfügigkeit der Verfehlung nicht geboten erscheint. Durch die Worte 'wegen Geringfügigkeit' usw. wird entweder ein zweiter Grund für die Unterlassung der Verfolgung normiert oder nicht. Wenn nicht (was m.E. zutrifft), so sind sie überflüssig und verwirrend. Wenn ja, so sind (im Falle des Nichtgebotenseins wegen Geringfügigkeit) zwei Situationen denkbar: entweder die Verfolgung ist wegen Geringfügigkeit nicht geboten (Fall a) oder sie ist wegen Geringfügigkeit nicht geboten, durch das öffentliche Interesse aber geboten (Fall b). Im Fall a ist die Bestimmung auch wieder überflüssig, weil dann bereits das Fehlen des öffentlichen Interesses die Unterlassung der Verfolgung rechtfertigt; im Fall b ist die Bestimmung verfehlt, weil vernünftigerweise die Verfolgung nicht unterbleiben darf, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten ist".

Daraufhin beschloß die Justizkommission des Reichstages nach ihrer zweiten Lesung des Entwurfs II folgenden Wortlaut für § 155a[209]:

> "Bei Übertretungen kann die Staatsanwaltschaft von Erhebung der Klage absehen, wenn die Verfehlung wegen des Grades der Verschuldung und der Folgen der Tat geringfügig ist".

Hiermit wurde zum ersten Mal auf die Geringfügigkeit der Täterschuld und der Tatfolgen als Einstellungsvoraussetzung abgestellt, wodurch die "vagen" Begriffe "öffentliches Interesse an der Verfolgung" (E I) und "Geringfügigkeit der Handlung" (E II) präzisiert wurden. Während die Justizkommission in ihrer ersten Lesung offenbar noch davon ausgegangen war, daß der Begriff "Geringfügigkeit der Handlung"

---

209) Wellstein, DJZ 1910, 1394

(E II) die generalpräventiven Gesichtspunkte bei der Strafverfolgung vernachlässigte, weshalb sie zusätzlich noch das "öffentliche Interesse" als Einstellungsvoraussetzung in § 155a einfügte, hatte sie nunmehr für die Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung zwei Unterbegriffe gefunden, die, als Prozeßhindernis formuliert, außerstrafrechtliche Zweckerwägungen bei der Prüfung der Einstellungsvoraussetzungen von vornherein ausschlossen. Zu dieser Präzisierung des öffentlichen Interesses ist die Kommission offenbar nicht zuletzt durch die weitere Erkenntnis Höpfners angeregt worden,der geschrieben hatte[210]:"Der Entwurf II hat zwar den Ausdruck 'öffentliches Interesse an der Verfolgung', der im Entwurf I in §§ 153,154,365 gebraucht war,an den entsprechenden Stellen gestrichen, aber daran, daß das öffentliche Interesse das ausschlaggebende sein soll, in Wahrheit nichts geändert, und es ist unvermeidlich, bei der Prüfung, wann eine Verfolgung 'wegen Geringfügigkeit der Verfehlung nicht geboten erscheint', wieder auf das öffentliche Interesse an der Verfolgung oder vielmehr Bestrafung zurückzugehen".

Der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung der Rechtspflege aus dem Jahre 1917 stellte ebenfalls nur auf die Geringfügigkeit der Täterschuld und der Tatfolgen ab. Nach Art.V Nr.2 dieses Entwurfs sollte folgender § 152a in die Strafprozeßordnung aufgenommen werden[211]:

Die Staatsanwaltschaft kann

1. bei Übertretungen,
2. bei Vergehen, die nur mit Gefängnis von höchstens 3 Monaten oder Geldstrafe von höchstens 600 M allein oder neben Haft oder in Verbindung miteinander oder mit Einziehung bedroht sind,
3. bei den Vergehen des Diebstahls, der Unterschlagung

---

210) GA 57 (1910),S.282.Höpfner wollte allerdings die Abstandnahme von der Bestrafung der geringfügigen Delikte einer Reform des materiellen Strafrechts vorbehalten.

211) Verhandlungen des Reichstags 1914/18 Nr.658

und des Betrugs in den Fällen der §§ 242,246,263 StGB, soweit es sich um einen Gegenstand im Wert von höchstens 25 M handelt,

4. bei dem Vergehen der Begünstigung und bei dem Vergehen der Hehlerei in den Fällen des § 258 Nr.1 und des § 259 des Strafgesetzbuches, wenn sich die Begünstigung oder die Hehlerei auf eine der in Nr.1,2 und 3 bezeichneten strafbaren Handlungen bezieht,

von der Erhebung der Klage absehen, wenn eine Bestrafung nicht geboten erscheint, weil das Verschulden des Täters und die Folgen der Tat geringfügig sind. Sieht sie von der Klage ab, so hat sie den zu benachrichtigen, der die Tat angezeigt hatte.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen. War die Verfolgung vom Verletzten beantragt, so ist dieser vor der Einstellung des Verfahrens zu hören. Der Einstellungsbeschluß ist unanfechtbar.

Im Jahre 1919 wurde der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen fertiggestellt, den der Reichsjustizminister Schiffer dem Reichstag im Jahre 1920 vorlegte. Dieser Entwurf hat mit seinem § 177 offensichtlich den stärksten Einfluß auf die Formulierung des § 153 StPO im Jahre 1924 gehabt. § 177 des Entwurfs von 1919 lautete[212]:

Wegen einer Übertretung wird keine öffentliche Anklage erhoben, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind.

Ist gleichwohl die öffentliche Anklage erhoben, so stellt das Gericht das Verfahren ein; gegen den Beschluß steht der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zu.

---

212) Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen mit Begründung, 1919

> Ist der Beschluß nicht mehr anfechtbar, so benachrichtigt das Gericht den Anzeigenden.

Als Garantie dafür, daß die Staatsanwaltschaft oder das Gericht das Verfahren nur aus den in § 177 genannten Gründen einstellt, sollte das dem Verletzten in § 389 gewährte Recht zur Eigenklage dienen. § 389 hatte folgenden Wortlaut:

> Eine Übertretung kann im Wege der Eigenklage verfolgt werden, wenn die Staatsanwaltschaft es abgelehnt hat, die öffentliche Anklage zu erheben, weil die Verfehlung geringfügig sei, oder wenn das Gericht aus diesem Grunde das Verfahren eingestellt hat (§ 177).
> Die Eigenklage steht dem zu, der die Tat angezeigt hat, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat, daß sie verfolgt wird; die Annahme eines berechtigten Interesses wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Eigenkläger ein öffentliches Interesse wahrnehmen will.

Die Begründung des Entwurfs von 1919 führte zu § 177 aus[213]: "Gerade in der Gegenwart, in der die Zahl der Strafdrohungen ins Ungemessene gewachsen und die Verfolgung jeder geringfügigen Zuwiderhandlung tatsächlich unmöglich ist, muß eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, die einerseits den Behörden gestattet, geringfügige Verfehlungen unverfolgt zu lassen, anderseits sie des Verdachts überhebt, bei Ausübung dieses Rechtes ungleichmässig oder gar parteiisch zu verfahren". Deshalb dürfe nicht das Opportunitätsprinzip wie im Entwurf I von 1908 für diese Fälle gelten, "sondern die Erhebung der Anklage soll unzulässig sein", wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind. "Wird im Widerspruch zu diesem Grundsatz öffentliche Anklage erhoben, ... so hat das Gericht das Verfahren einzustellen (§ 177 II), denn die Geringfügigkeit der Tat ist für ihre Verfolgbarkeit durch die öffentlichen Behörden ein Prozeßhindernis"[214].

---

213) a.a.O.,S.17
214) a.a.O.,S.18

Von den grundsätzlichen Gegnern der Einschränkung des generellen Verfolgungszwangs[215] abgesehen, haben sich zum Teil auch die Befürworter des "minima non curat praetor" gegen die Bestimmung des § 177 gewandt, und zwar mit folgenden für die spätere Fassung des § 153 StPO bedeutsamen Argumenten: "Die Staatsanwaltschaft wird nach dem Entwurf nur in einer Minderzahl von Fällen einschreiten können. Denn in breitestem Umfang handelt es sich bei den Übertretungen um solche kleine Delikte, die nach Erfolg und Schuld im Einzelfall unbedeutend zu sein pflegen, aber als Massenerscheinungen nicht geduldet werden können. Gerade diesen Zweck der Generalprävention wird der Entwurf in weitem Maße vereiteln und damit das materielle Strafrecht zum guten Teil illusorisch machen"[216]. Von Hippel schlägt deshalb die Rückkehr zu dem Prinzip des Entwurfs von 1909 vor[217]. Auch Sonntag[218] macht gegen den § 177 geltend, "daß eine Unterscheidung nach dem Gesichtspunkte: an der Verfolgung welcher Übertretungen ist die Allgemeinheit interessiert, an der Verfolgung welcher nicht, zu befriedigenderen Resultaten führen wird, als die Scheidung nach den Gesichtspunkten des geringen Schadens und der geringen Erheblichkeit der Verfehlung".

Bei diesen Einwänden gegen § 177 des Entwurfs von 1919 hat man offenbar übersehen, daß die Schuld des Täters und die Folgen der Tat im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu bewerten sind, wie dies schon Höpfner in seiner Entgegnung auf den in erster Lesung gefaßten Beschluß der Justizkommission des Reichstages zu

---

215) z.B. Weber, DStrZ 1920, 345 ff.

216) von Hippel, ZStrW 41 (1920), S. 330

217) a.a.O., womit er offenbar den Entwurf I von 1908 meinte, denn dieser stellte ja im Gegensatz zu dem Entwurf II von 1909 "ausdrücklich" auf das öffentliche Interesse ab; vgl. auch Preiser, ZStrW 41 (1920), S. 373 ff., 384, der aus ähnlichen Gründen folgende Fassung vorschlägt: Bei Übertretungen u.a. "kann die Staatsanwaltschaft ein Einschreiten ausnahmsweise dann unterlassen, wenn es sich um einen besonders leichten Fall handelt und die Strafverfolgung nicht im öffentlichen Interesse liegt".

§ 155a angedeutet hatte. So erscheinen die Folgen der Tat nicht unbedeutend, wenn die Verfehlungen als "Massenerscheinungen" auftreten. Aus diesem Grunde hat man später überwiegend schon bei der Einstellungsvoraussetzung "unbedeutende Folgen der Tat" geprüft, ob eine massenweise auftretende Übertretung aus generalpräventiven Gründen verfolgt werden muß. Von Hippel und wohl die Mehrheit jener Zeit rechneten aber offenbar nur die unmittelbaren Auswirkungen auf den Verletzten zu den Folgen der Tat. Von daher wird die Kritik an § 177 des Entwurfs von 1919 durchaus verständlich. Dieser Kritik trug denn auch der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Rechtswesens Rechnung, der von dem Abgeordneten Schiffer und Genossen im Jahre 1923 im Reichstag eingebracht wurde. In den §§ 29,30 schlug er folgende Regelung vor[219]:

> Bei Übertretungen findet Strafverfolgung nur dann statt, soweit ein öffentliches Interesse vorliegt.
> Beim Fehlen eines öffentlichen Interesses kann das Gericht die Strafverfolgung wegen Übertretungen und Vergehen auf Antrag der Staatsanwaltschaft einstellen.

Dieser Entwurf Schiffer und der folgende amtliche, leider nicht veröffentlichte Entwurf einer Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege waren die unmittelbaren Vorläufer der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1.1924[220].

Wie man sieht, ist zum ersten Male in der Lex Emminger die Formulierung aufgetaucht: "es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht" (§ 153 Abs.1 StPO). Dieses Einstel-

---

218) GA 68 (1920), S.324

219) Verhandlungen des Reichstages 1920/23 Nr.6310

220) Bumke, a.a.O., S.7 Anm.13; Stratmann, Diss.1938, S.21

lungshindernis für Übertretungen hat denn auch die größten Schwierigkeiten bei der Auslegung des § 153 StPO bereitet. Nachdem Bumke in seiner Erläuterung zur Verordnun über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1. 1924 von Anfang an die generalpräventiven Gesichtspunkte schon bei den Folgen der Tat mitberücksichtigte[221], blieben für den Begriff "öffentliches Intefesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" vernünftigerweise keine berechtigten Zweckerwägungen mehr übrig. Während Bumke sich daher darauf beschränken mußte, zu dem öffentlichen Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung festzustellen: "Dies wird verhältnismäßig selten der Fall sein"[222], haben die nachfolgenden Autoren meist nur generalpräventive Überlegungen nennen können, die man ebenso gut schon bei der Einstellungsvoraussetzung "unbedeutende Folgen der Tat" anstellen kann. Mit einer Ausnahme allerdings: wenn die Rechtsgültigkeit einer Strafnorm bestritten ist[223] oder grundsätzliche Rechtsfragen

---

221) Bumke, a.a.O.,S.74: "Die Folgen (können) auch dann nicht als unbedeutend angesehen werden, wenn die Verfehlung geeignet erscheint ..., andere Personen zu gleichen Verfehlungen anzureizen".

222) a.a.O.,S.73 Anm.4. Aus mehreren Gründen ist es also falsch, den Begriff "öffentliches Interesse" in § 153 Abs.1 StPO für gleichbedeutend mit dem Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO zu halten, wie dies u.a. Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.5 tut. Wenn Kohlhaas für seine Meinung u.a. auf Schreiber, DRiZ 1932,138 verweist, so übersieht er, daß mit der NotVO vom 6.10.1931 der § 153 Abs.1 durch die Formulierung ersetzt worden war: "Übertretungen werden nur verfolgt, wenn es das öffentliche Interesse erfordert" (vgl. Anm.185). Schreiber konnte daher durchaus der Meinung sein, daß im Gegensatz zum früheren Rechtszustand die Schuld des Täters und die Folgen der Tat wie bei § 376 StPO über dem durchschnittlichen Maß von Schuld und Folgen bei gleichartigen Verfehlungen liegen mußten, um ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung auf den Plan zu rufen.

223) Kiesow, a.a.O.,§ 153 Anm.6; Schäfer-Hartung,a.a.O., § 153 Anm.3; Doerr, Strafprozeßordnung,1927,§ 153 Anm.zu Abs.I; Grebe, GA 72(1928),S.88; Kohlrausch, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1936 Anm.5; Eb.Schmidt,Lehrkommentar II,§ 153 Erl.5;

geklärt werden müssen[224], könne auch bei geringer Schuld und unbedeutenden Folgen der Tat "ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" bestehen. Wenn der Gesetzgeber in § 153 Abs.1 StPO im Unterschied zu § 376 StPO und § 154 des Entwurfs I von 1908 nicht von einem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung, sondern an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung spricht, so scheint das wörtlich nur dahin verstanden werden zu können, daß an sich kein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters besteht, sondern nur die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung im öffentlichen Interesse geboten ist. Eine gerichtliche Entscheidung ist aber im gesamten Rechtsleben immer nur bei bestrittenem, bezweifeltem oder gefährdetem Recht erforderlich. So hat denn Johann in seinem wohl interessantesten Lösungsversuch die Auffassung vertreten, daß es bei dem öffentlichen Interesse in § 153 Abs.1 StPO ausschließlich auf "die Prüfung rechtsgültigkeitsbestrittener Normen, auf Gesetzesinterpretationen und die Klärung von Normativbegriffen, eventl. auch auf eine Lückenausfüllung" ankommt[225], denn die Zweifelsfragen können nicht nur die Rechtswidrigkeit der Tat, sondern auch die Einstellungsvoraussetzungen der geringen Schuld und der unbedeutenden Folgen der Tat betreffen. Diese Auffassung ist aber

---

ebenso bayer.Just.Min.Bek. v.28.3.1924 Nr.12510, Staatsanz. Nr.75 v.29.3.1924

224) Kohlhaas, Lö-Ro § 153 StPO Anm.5; Müller, KMR, § 153 Anm.2c; Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 1965, S.367/8 Randnr.18: "Es ist übrigens durchaus möglich, daß der Gesetzgeber in erster Linie an solche Klärungsfälle gedacht hat".

225) Johann, Diss.1931, S.58 ff.,71, der im übrigen die generalpräventiven Gesichtspunkte bei den Folgen der Tat würdigt (a.a.O., S.57).

Vgl. auch Bernsdorf, Diss.1930, S.27, der aber im Gegensatz zu Johann das öffentliche Interesse in § 153 Abs.1 StPO als Ermessensbegriff ansieht.

aus mehreren Gründen nicht richtig.

Hat man die Entstehungsgeschichte des § 153 StPO aufmerksam verfolgt, so wird man sich durch die Formulierung "es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht" nicht täuschen lassen. Der Gesetzgeber von 1924 hatte sich zunächst mit dem Entwurf Schiffer aus dem Jahre 1923 auseinanderzusetzen, der zum ersten Male seit 1909 wieder den Begriff "öffentliches Interesse" als Einstellungskriterium, und zwar - im Unterschied zu dem Entwurf I (1908) - in Form eines strikten Prozeßhindernisses vorschlug. Gegen den Begriff "öffentliches Interesse" waren aber seit dem Entwurf I erhebliche Bedenken erhoben worden, weil er den meisten doch als zu vage erschien und deshalb die Gefahr einer parteiischen Strafverfolgung heraufbeschwor. Aus diesem Grund hatte ja die Justizkommission des Reichstages in ihrer zweiten Lesung des Entwurfs II das Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die beiden Unterbegriffe "geringe Schuld" und "geringe Folgen" defininiert[226]. Andererseits erschienen dem Gesetzgeber von 1924 die Einstellungsvoraussetzungen "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen der Tat" angesichts der Kritik von Hippels und anderer an dem Entwurf von 1919 nicht mehr als ausreichende Garantie dafür, daß künftig auch Übertretungen verfolgt werden können, die an sich geringfügig sind, aber aus generalpräventiven Gründen eine staatliche Reaktion erfordern. Es galt daher, einen dritten Unterbegriff für den Oberbegriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" zu finden, da man nicht wieder in den von Höpfner kritisierten Fehler der Justizkommission des Reichstages verfallen wollte, neben der Geringfügigkeit der Tat noch ausdrücklich das Fehlen eines öffentlichen Interesses an

---

226) Wahrscheinlich hat nicht zuletzt die Lehre von Launs von den Ermessenskategorien des öffentlichen Interesses, die zu jener Zeit gerade veröffentlicht worden war, die Kommission veranlaßt, den Begriff öffentliches Interesse näher zu präzisieren.

der Verfolgung zu normieren (vgl. § 155a in der Fassung der ersten Lesung des Entwurfs II). So ist man denn auf die nicht gerade glückliche Lösung verfallen, den generalpräventiven Gesichtspunkten durch die Formulierung: "es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht", zur Berücksichtigung bei der Einstellung von Übertretungen zu verhelfen. Anders ist diese gegenüber den bisherigen Entwürfen neuartige Formulierung nicht zu verstehen.

Auf Grund dieser Überlegungen ist aber der Gedanke nicht ganz fern gerückt, der Gesetzgeber von 1924 habe - ob bewußt oder unbewußt - mit dieser Formulierung die Möglichkeit eröffnet, die damals zahlreichen, in ihrer Rechtsgültigkeit meist bestrittenen Polizeiverordnungen durch die Gerichte überprüfen zu lassen, auch wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend erscheinen. Dieser Gedanke erweist sich jedoch bei näherem Zusehen als falsch. Wenn Grebe[227] für die Gegenmeinung anführt, eine Polizeiverordnung könne nicht im Wege einer polizeilichen Strafverfügung überprüft werden, so übersieht er, daß auf Antrag des Beschuldigten die Rechtmäßigkeit der Polizeiverfügung und damit die Gültigkeit der zugrunde liegenden Polizeiverordnung durch ein Gericht im Rekursverfahren nach §§ 453 ff.StPO (a.F.) geprüft werden konnte. Es besteht zudem keinerlei Veranlassung, bei Zweifeln über die Gültigkeit einer Strafnorm nicht so lange abzuwarten, bis eine erhebliche Verfehlung eine gerichtliche Entscheidung sowieso erforderlich macht. Zu Zeiten Grebes empfahl es sich dann allerdings, die Tat, statt durch eine Strafverfügung, durch ein Gerichtsurteil ahnden zu lassen, um auf diese Weise schon gleich die gerichtliche Überprüfung der Polizeiverordnung mit herbeizuführen. Für den Beschuldigten stellte dies aber keine Benachteiligung dar, denn er wäre durch die Polizeiverfügung ohnehin bestraft worden. So erhielt er zusätzlich durch die gericht-

227) GA 72 (1928), S.88

liche Verurteilung noch eine gewisse Garantie für eine richtige Entscheidung. Wenn man aber einen Täter ausschließlich deshalb vor ein Gericht bringt, um eine Zweifelsfrage klären zu lassen und dann sogar den Angeklagten bei positiver Klärung der Rechtsfrage trotz geringer Schuld und unbedeutender Tatfolgen verurteilen will, so bedeutet dies eine große Ungerechtigkeit[228], die keineswegs durch das Gesetz geboten wird. Im Gegenteil. Die Staatsanwaltschaft ist, wie oben gezeigt wurde[229], selbständig zur Entscheidung aller Zweifelsfragen berufen, die sich aus ihrer Verpflichtung ergeben, nach dem "Gesetz" die öffentliche Klage zu erheben. § 153 Abs.1 StPO bedeutet mit seiner unglücklichen Formulierung keine Durchbrechung dieses Grundsatzes, wie sich aus der Entstehungsgeschichte m.E. eindeutig ergibt[230].

Würde man der Auffassung von Johann folgen, müßten konsequenterweise Polizei und Staatsanwaltschaft stets die Entscheidung, ob die Schuld gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, auf das Gericht schieben, wenn diese Voraussetzungen zweifelhaft erscheinen. Dadurch würde aber der fernere Zweck des § 153 StPO, die Strafrechtspflege zu vereinfachen und zu verbilligen, weitgehendst vereitelt, da die Fälle wohl meist an der Grenze zu liegen pflegen.

Beharrt man dennoch auf der bisher nicht bezweifelten Ansicht, das öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung meine auch die Prüfung zweifelhafter Strafnormen, so muß man der h.M. wenigstens in dem Punkte entgegentreten, daß die Staatsanwaltschaft nicht

---

228) Das ist nicht verkannt, aber als notwendig hingenommen worden, vgl. Johann, Diss.1931,S.59; Kohlhaas, GA 1956,250: "Dies gehört in die Unwägbarkeiten des Rechtslebens".

229) Vgl. oben S. 108 ff.

230) § 153 Abs.I StPO kann also erst recht nicht als Beweis dafür herangezogen werden, daß die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist; a.A. Schäfer, Lö-Ro, Einl.S.122

eine Ermessensentscheidung trifft, wenn sie aus diesem Grunde die öffentliche Klage erhebt. Der Staatsanwalt darf nicht wahlweise einen Fall herausgreifen, sondern er muß den Fall zur Entscheidung des Gerichts stellen, bei dem sich zum ersten Male die Zweifel an der Gültigkeit einer Strafnorm derart verdichtet haben, daß die Ungültigerklärung durch das Gericht nicht außer Wahrscheinlichkeit steht[231]. Der Angeklagte darf dann aber trotzdem nicht verurteilt werden, wenn seine Schuld gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Bejaht das Gericht nämlich die Gültigkeit der Strafnorm, so hat es das Verfahren nach § 153 Abs.3 StPO einzustellen, weil das öffentliche Interesse hier mit der Herbeiführung des Einstellungsbeschlusses, der implizite ausspricht, daß der Angeklagte schuldig, d.h. die Strafnorm gültig ist, befriedigt wird. Die letztere Überlegung, die die Ungerechtigkeit der h.M. mildert, kann diese aber dennoch nicht rechtfertigen, da nach dem Gesetz niemand auch nur den Unannehmlichkeiten eines Strafverfahrens zur Klärung zweifelhafter Rechtsfragen ausgesetzt werden darf.

Die größte Bedeutung erlangt der letzte Gedanke bei den zahlreichen Fällen, in denen der Beschuldigte sich mit einer polizeilichen gebührenpflichtigen Verwarnung nicht einverstanden erklärt hat und deshalb ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung entsteht. Ein öffentliches Interesse an der Bestrafung darf hier ja nach der Überzeugung der Polizei nicht vorliegen, da sie nur zu verwarnen befugt ist, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind[232].

---

231) Einer zweifelsüchtigen Staatsanwaltschaft müßte das Gericht steuern, indem es von vornherein die Eröffnung des Verfahrens ablehnt, wenn es die Rechtsfrage nicht für zweifelhaft hält; vgl. unten S. 296

232) Vgl. Art.46 Abs.1 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern - (PAG) - in der Fassung vom 3.4.1963 (GVBl.S.95).
Vgl. auch § 22 StVG, der bei "leichteren Übertretungen" eine gebührenpflichtige Verwarnung zuläßt, was m.E. nur gleichbedeutend mit "geringer Schuld" und "unbedeutenden Folgen der Tat" sein kann.

Ob nun der Gesetzgeber von 1924 daran gedacht hat oder nicht[233], der Wortlaut des § 153 Abs.I verbietet es jedenfalls nicht, dem Täter, der sich weigert einzusehen, daß er eine geringfügige Übertretung begangen hat, durch das Gericht das Unrecht seiner Tat vor Augen führen zu lassen[234]. Schließlich muß der Streit über das Vorliegen einer Übertretung aus generalpräventiven Gründen durch ein Gericht ausgeräumt werden, sonst könnte jeder sich einer gebührenpflichtigen Verwarnung entziehen, indem er zu streiten beginnt. Das Gericht darf aber, wenn es zu der gleichen Ansicht wie die Polizei gelangt, nämlich, daß die Schuld gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, den Angeklagten nicht wegen eines "öffentlichen Interesses an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" verurteilen. Ein Strafurteil darf immer nur wegen eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung, d.i. Bestrafung des Täters ergehen. Das Verhalten des Täters nach der Tat kann jedoch nicht ein solches Interesse nachträglich begründen, es vermag vielmehr nur einen Aufschluß über die Seelenlage des Angeklagten bei der Begehung der Tat zu geben[235]. Stellt der Richter also fest, daß die Weigerung des Angeklagten, die gebührenpflichtige Verwarnung entgegenzunehmen, auf einer Uneinsichtigkeit beruhte, die an Rechtsfeindschaft grenzt, so erscheint die Schuld des Täters nicht mehr als gering, wie zunächst der Polizeibeamte noch

---

233) Nach Erlaß der Lex Emminger vom 4.1.1924 führte die bayer.Ministerialentschließung vom 23.12.1925 die gebührenpflichtige polizeiliche Warnung bei geringfügigen Übertretungen in Bayern ein. In Preußen fand die polizeiliche Verwarnung - allerdings ohne Gebührenansatz - durch den Runderlaß des preuß.M.d.J. v.28.12. 1928 Eingang; vgl. Johann,Diss.1931, S.1, 85 ff.,101

234) Vgl. die Entschließung des Bayer.Staatsministeriums des Innern v.17.12.1956 in der Fassung v.7.12.1961 (MABl. S.764),dort unter II 2; Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 1965,S.368 Randnr. 18; a.A.Johann, Diss.1931,S.96; Reh,NJW 1952,1122

235) Vgl. unten S.208 ff.

annehmen konnte. Die Voraussetzungen für eine Einstellung gemäß § 153 Abs.1 StPO haben daher, wie sich nachträglich herausstellt, von Anfang an nicht vorgelegen. Anderenfalls ist aber das öffentliche Interesse mit der Herbeiführung der gerichtlichen Entscheidung, nämlich des Einstellungsbeschlusses, befriedigt, denn die Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO kommt durchaus den Wirkungen einer gebührenpflichtigen Verwarnung gleich. Der Täter ist sogar durch die Unannehmlichkeiten, die er mit einem gerichtlichen Verfahren auf sich gezogen hat, für die Zukunft noch mehr gewarnt, als dies eine gebührenpflichtige Verwarnung an Ort und Stelle vermocht hätte.

Wenn man den Beschuldigten ohne Gerichtsverhandlung laufen lassen würde, so er sich nicht mit einer gebührenpflichtigen Verwarnung einverstanden erklärt, hätte dies zur Folge, daß künftig noch weniger die bestehenden Vorschriften beachtet würden. Diese Folge, die aus generalpräventiven Gründen eine gerichtliche Entscheidung erforderlich macht, entspringt aber nicht der Tat selbst, sondern dem nachträglichen Verhalten des Beschuldigten. Im Gegensatz zu den anderen generalpräventiven Erwägungen fällt dieser Gesichtspunkt also nicht unter den Begriff "Folgen der Tat", sondern unmittelbar unter das "öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung". Insofern hat die Formulierung des Gesetzgebers von 1924 durch die Einführung der gebührenpflichtigen Verwarnungen[236] doch noch einen Sinn erlangt, wenn man im übrigen mit Bumke die generalpräventiven Zwecke schon bei den Tatfolgen zur Geltung kommen läßt.

---

236) Nach h.M. ist die gebührenpflichtige Verwarnung keine Strafe, auch keine Geldbuße, sondern nur eine Verwaltungsgebühr für eine Erziehungsmaßnahme, so daß sie mit Art.92 GG vereinbar ist (vgl. Rahn, in: Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, 1959,S.229).

Welches sind nun die Zweckerwägungen und sind es wirklich Ermessenserwägungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers offensichtlich bei dem Begriff "öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" anzustellen sind, von der einen Meinung auch hierunter gerechnet werden, nach der anderen, dogmatisch richtigeren Auffassung aber bei dem Begriff "unbedeutende Folgen der Tat" zu berücksichtigen sind[237]? Einmal wird die Häufigkeit der Tat als Grund zur Bestrafung genannt, wenn im übrigen die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind[238]. Zweifellos kann eine geringfügige Übertretung, die in einer Situation begangen wird, wo sich derartige Verfehlungen häufen, einen Anreiz auf potentielle Täter ausüben, nun ebenso zu handeln, wenn der Straftäter nicht durch ein Gericht zur Ordnung gerufen wird. Wann eine Tat über den ihr innewohnenden Unrechtsgehalt hinaus in dieser provozierenden Weise in die Öffentlichkeit ausstrahlt, ist aber unter Berücksichtigung der bereits festgestellten Straftaten objektiv eindeutig zu bestimmen. Zwar mag es im Einzelfalle recht zweifelhaft sein, ob die kurze Aufeinanderfolge von fünf oder zehn geringfügigen Übertretungen,

---

237) Vor der Neufassung des § 153 StPO durch das StPÄG von 1964 hatte diese Meinungsdifferenz erhebliche Konsequenzen, ging es bei der verschiedenen Zuordnung letztlich doch um das Nachprüfungsrecht des Gerichtes.

238) Zu den Folgen der Tat wird dieser Gesichtspunkt gerechnet von: Bumke, a.a.O.,S.74; Johann, Diss.1931, S.57/58; Erbs, Handkommentar zur Strafprozeßordnung, 1950, § 153 Anm.II; Heinitz, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.332;
vgl. aber Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.3: "Daß sie (die Tatfolgen) bedeutend sind, wenn die Tat Anreiz zur Nachahmung geben kann, läßt sich in solcher Verallgemeinerung kaum sagen".
Bei dem "öffentlichen Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" wird diese Erwägung berücksichtigt von: Grebe, GA 72 (1928),S.85; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.5; ebenso RiStV Nr.75 Abs.1

z.B. eines Forst- oder Feldfrevels, innerhalb eines größeren oder kleineren Ortsbereichs die Häufigkeit einer Tat begründet, so daß die nunmehr zu beurteilende Übertretung zu weiteren gleichartigen Verfehlungen anreizen würde, falls sie unverfolgt bliebe. Ebenso schwierig kann es sein, festzustellen, wann bei einem Nachlassen einschlägiger Anzeigen die provozierende Wirkung der Tat aufzuhören beginnt. Dennoch darf der Staatsanwalt hier nicht wählen, welchen Maßstab er hier anlegen will, sondern der richtige Maßstab ist eindeutig vorgezeichnet durch das berechtigte Interesse der Allgemeinheit an einer staatlichen Reaktion auf die Straftat. Mit der Bejahung des öffentlichen Interesses im Einzelfall beeinflußt der Staatsanwalt zwar auch das künftige öffentliche Interesse an der Verfolgung gleichartiger Übertretungen, denn bei erfolgreicher Abschreckungswirkung darf eine später vereinzelt auftretende Verfehlung nicht mehr allein aus diesem generalpräventiven Gesichtspunkt verfolgt werden. Dadurch wird der Staatsanwalt aber nicht zum positiven Gestalter des öffentlichen Interesses, denn er versucht ja nur zu verhindern, daß das einmal entstandene öffentliche Interesse sich durch weitere gleichartige Verfehlungen manifestiert. Die "kriminalpolitische" Entscheidung der Staatsanwaltschaft ist also nichts weiter als die Beurteilung der eindeutig zu entscheidenden Frage: werden gleichartige Übertretungen dadurch provoziert, daß diese Übertretung unverfolgt bleibt? Kommt der Staatsanwalt zu der Überzeugung, daß nunmehr mit diesem Delikt der Grad erreicht ist, wo man von "Häufigkeit" sprechen muß, so hat er alle in den letzten drei Monaten (vgl. § 67 Abs.3 StGB) begangenen Übertretungen dieser Art gleichermaßen anzuklagen und selbst die bereits nach § 153 Abs.1 StPO eingestellten Verfahren wieder aufzunehmen.

Als weiterer Grund für die Bestrafung wird genannt, daß die Tat in der Öffentlichkeit Aufsehen erregt hat[239].

---

239) Grebe, GA 72(1928), S.85 prüft die "stärkere Beunruhigung des Publikums" bei dem Begriff "öffentliches In-

Die öffentliche Neugier kann bei einer Tat mit geringer Schuld und sonst unbedeutenden Folgen entweder auf der Stellung des Verletzten oder der des Täters im öffentlichen Leben beruhen. Es ist aber nicht allein entscheidend, ob die Tat bekannt geworden ist, etwa weil sie durch die Presse hochgespielt wird, sondern es kommt weiterhin darauf an, ob die Öffentlichkeit berechtigterweise Anteil nimmt. Ist das Delikt geeignet, im Hinblick auf den Verletzten einen Vertrauensschaden in der Öffentlichkeit herbeizuführen, wenn es unverfolgt bleibt, so sind die Folgen der Tat nicht mehr unbedeutend, was eindeutig erkannt werden muß. Aber es wird kaum Offizialdelikte geben, wo dies der Fall ist[240]. Wird das Aufsehen durch die Stellung des Täters hervorgerufen, muß der für den Täter selbst entstehende Vertrauensverlust bei der Beurteilung der Tatfolgen außer Betracht bleiben, da jeder sich selbst soviel Schaden zufügen kann, wie er mag. Der Staatsanwalt darf auch nicht etwa aus der Erwägung anklagen, in der Öffentlichkeit könnte sonst der Eindruck entstehen, daß die Strafverfolgung parteiisch gehandhabt wird. Recht kann sich niemals auf den falschen Vorstellungen anderer gründen. Das Aufsehen in der Öffentlichkeit, das von der Person des Täters ausgeht, ist daher immer unbeachtlich, ob nun das Delikt direkt mit der Stellung des Beschuldigten im öffentlichen Leben zu tun hat oder nicht. Weder darf z.B. ein Politiker wegen einer Verkehrsübertretung angeklagt, noch ein Verkehrsrichter wegen eines solchen Deliktes aus dem einen Grunde zur Rechenschaft gezogen werden, weil man seine Verfehlung an die große Glocke gehängt hat.

Die Richtlinien für das Strafverfahren nennen eine weitere Zweckerwägung, die nicht unbesehen übernommen werden

---

teresse", Heinitz, a.a.O.,S.332 rechnet das "erhebliche Aufsehen" zu den "Folgen der Tat".

240) Bei den Privatklagedelikten ist das dagegen häufig möglich, vgl. oben S.133 f.

kann. Nach Nr.74 Abs.2 RiStV ist das Verfahren in den Fällen der §§ 153 bis 154b StPO nicht einzustellen, "wenn ein erhebliches öffentliches Interesse[241] an seiner Durchführung oder an den mit einer Verurteilung verbundenen Nebenstrafen oder Nebenfolgen besteht, vor allem, wenn diese die Voraussetzung für verwaltungsrechtliche Maßnahmen gegen den Beschuldigten bilden (z.B. Entziehung einer Konzession, der Jagd- oder Fischereierlaubnis)". So sieht man auch dann ein öffentliches Intefesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung als gegeben an, wenn in den Fällen des § 361 Nr.3-8 StGB "die Unterbringung im Arbeitshaus erforderlich erscheint(§ 42d StGB"[242]. Zur Schaffung einer Voraussetzung für eine verwaltungsrechtliche Maßnahme ist zu sagen: die verwaltungsrechtliche Maßnahme kann nur die Folge der Bestrafung,niemals ihre Bedingung sein. Wenn ein Jäger bei einer Rebhuhnjagd fahrlässig einen Haselhahn außerhalb der Schonzeit erlegt, so ist das eine Übertretung nach § 38 Abs.2 des Bundesjagdgesetzes. Die Bestrafung wegen dieser Übertretung ist die Voraussetzung für die Einziehung des Jagdscheines gemäß § 18 i.V.m. § 17 Abs.2 Ziff.6 BJagdG. Hat der Jäger den Haselhahn in der Hast nicht vom Rebhuhn unterschieden, so kann man seine Schuld als gering ansehen und zudem die Folgen der Tat als unbedeutend. Auch wenn man trotzdem den Täter anklagen und gering bestrafen wollte, würde man der Verwaltungsbehörde nur eine Grundlage schaffen, bei wiederholten Taten den Jagdschein zu entziehen, denn bei einer einzelnen geringfügigen Übertretung darf noch nicht gleich der Jagdschein entzogen werden.

---

241) Ein "erhebliches" öffentliches Interesse wird in den §§ 153 bis 154b StPO vom Gesetzgeber nicht verlangt. Die Staatsanwaltschaft hat keineswegs, wie man auf Grund der Richtlinien annehmen könnte, einen Ermessensspielraum zwischen einem einfachen und einem erheblichen öffentlichen Interesse.

242) Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 StPO Erl.5; ebenso Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 StPO Anm.5

Die Strafe ist aber nicht dafür da, um anderen Behörden künftig eine Handhabe gegen den Täter zu geben. Die Überlegung, ob trotz der Geringfügigkeit des Deliktes die Tat zu verfolgen ist, um einer Verwaltungsbehörde eine Voraussetzung für eine künftige Maßnahme zu schaffen, ist daher unstatthaft. Das gleiche gilt für die Maßnahme nach § 42d StGB. Eine Übertretung nach § 361 StGB ist nicht deshalb zu verfolgen, um dem Richter die Möglichkeit zu verschaffen, die Unterbringung im Arbeitshaus anzuordnen. Richtig ist freilich, daß eine Übertretung nach § 361 StGB immer anzuklagen ist, wenn die gesteigerten Voraussetzungen für eine Anordnung gemäß § 42d StGB vorliegen. Ob dies der Fall ist, ist aber eine Frage der Schuld und nicht des "öffentlichen Interesses an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung".

Die übrigen Gesichtspunkte, die bei dem öffentlichen Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt werden, wie die "Nichtbeachtung einer vorangegangenen ausdrücklichen Warnung"[243], die "zum Ausdruck gebrachte Nichtachtung der staatlichen Autorität"[244] oder die "ungebührliche Belästigung (des Publikums) bei Störung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung"[245], sind in Wirklichkeit schon bei der Schuld oder bei den Folgen der Tat zu beachten.

Bezüglich des Wortes "kann" in § 153 Abs.2 StPO enthält man sich aller näheren Angaben, welche Erwägungen hier die Strafverfolgung trotz geringer Schuld und unbedeutender Folgen zu begründen vermögen, mit einer Ausnahme allerdings: man will hier ein Privatinteresse zur Strafverfolgung genügen lassen[246]. Ein Privatinteresse wird zwar

---

243) Grebe, GA 72(1928), S.85; ebenso Kohlhaas, Lö-Ro § 153 Anm.5

244) Kohlhaas, a.a.O.

245) Grebe, a.a.O.; ebenso Eb. Schmidt, a.a.O.

246) Kiesow, Strafprozeßordnung, Komm. 1924, § 153 Anm.2: "ein beachtliches Privatinteresse"; Schäfer-Hartung, Strafrecht und Strafprozeß, Teil II, 1924, § 153 StPO Anm.4: "irgendein Privatinteresse".

berücksichtigt bei der Frage, ob die Folgen der Tat den Verletzten derart betroffen haben, daß die Allgemeinheit sich dessen Interesse an der Verfolgung zu eigen macht. Über diese Folgen der Tat hinaus, die mittelbar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung entstehen lassen, dürfen aber Einzelinteressen nicht beachtet werden.[247] Im übrigen wird man bei dem Wort "kann" in Abs.2 dieselben Gesichtspunkte berücksichtigen wollen wie in Abs.1 bei dem Begriff "öffentliches Interesse"[248]. Der Gesetzgeber von 1924 hat jedoch kaum die Formulierung "kann" in Abs.2 deshalb gewählt, um die generalpräventive Erwägung zu ermöglichen, ob das Vergehen trotz seiner Geringfügigkeit wegen der Häufigkeit gleichartiger Verfehlungen zu verfolgen ist. Die Vergehen in unserem Strafgesetzbuch stellen nicht typische Massendelikte dar, so daß dieser Gesichtspunkt hier kaum zum tragen kommen wird. Objektiv verbietet die Fassung des Abs.2 natürlich nicht, statt bei den Folgen der Tat diese generalpräventive Überlegung bei dem Wörtchen "kann" anzustellen.

Der eigentliche Grund für die unterschiedliche Formulierung des Abs.2 zum Abs.1 ist in dem Verhältnis von Regel und Ausnahme zu finden. Bei den Verhandlungen zu den Vorentwürfen ist immer wieder zum Ausdruck gekommen, daß die überwiegende Mehrzahl aller Übertretungen so geringfügig sind, daß man sie ohne weiteres unverfolgt lassen kann. Insbesondere sah man es als untunlich an, die zahlreichen Verfehlungen gegen die ins ungemessene gewachsenen Strafvorschriften zu verfolgen, die lediglich auf einer Unkenntnis des Gesetzes beruhten, nach der damaligen Theorie des Reichsgerichts vom tatsächlichen und außerstrafrechtlichen

---

247) Vgl. Grebe, GA 72 (1928),S.86 Anm.1:"Es ersetzt naturgemäß ein noch so beachtliches Privatinteresse nicht das Erfordernis des öffentlichen Interesses".

248) Vgl. Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.12: "kann" - d.h. "ob kein beachtlicher Gesichtspunkt öffentlichen Interesses die Klageerhebung etwa gebietet".

Irrtum aber dennoch zu bestrafen waren. Der Gesetzgeber von 1924 hat daher wie der Entwurf von 1919, um eine gleichmäßige Strafverfolgung zu gewährleisten, ein generelles Verfolgungsverbot für Übertretungen in § 153 Abs.1 StPO ausgesprochen. Dies zeigt sehr deutlich die Formulierung des Abs.1, die in direkter Abkehr von den Entwürfen vor 1919 das Wort "kann" durch die strenge Formulierung "werden nicht verfolgt, "es sei denn, daß" ersetzte. Die Verordnung von 1924 und der Entwurf von 1919 unterscheiden sich nur scheinbar voneinander, denn die Gesichtspunkte, die der Gesetzgeber von 1924 mit dem "öffentlichen Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" berücksichtigt wissen wollte, sind in dem richtig verstandenen Entwurf von 1919 schon in den "Folgen der Tat" enthalten.

Auch die Entwürfe vor 1919 - wohl mit Ausnahme des Entwurfs I von 1908 - wollten trotz des Wortes "kann" der Staatsanwaltschaft eigentlich keine Wahlmöglichkeit gewähren, da sie sich um die Schaffung strenger Einstellungsvoraussetzungen bemühten. Da das Wort "kann" jedoch immer auf einen gewissen Spielraum hindeutet, hat der Gesetzgeber von 1924 auch den geringsten Schein einer Ermächtigung zu anderen Erwägungen, die nicht von den beigefügten unbestimmten Begriffen gedeckt werden, durch die strikte Formulierung des Abs.1 vermieden. Hätte der Gesetzgeber aber eine ebensolche strenge Formulierung für den Abs.2 gewählt, wäre leicht der falsche Eindruck entstanden, bei Vergehen müsse genau so wie bei Übertretungen die Strafverfolgung regelmäßig unterbleiben. Das materielle Strafgesetz bringt jedoch schon durch die schärferen Strafdrohungen zum Ausdruck, daß Vergehen in aller Regel nicht als geringfügig anzusehen sind. Auf Grund des höheren Strafrahmens muß deshalb bei ihnen das berechtigte Durchschnittsmaß für Schuld und Folgen generell niedriger ange-

setzt werden als bei Übertretungen[249], so daß bei Vergehen nur in Ausnahmefällen die Schuld als gering und die Folgen der Tat als unbedeutend erscheinen. Grundsätzlich besteht also für Übertretungen ein Verfolgungsverbot und für Vergehen ein Verfolgungsgebot[250]. Nichts anderes hat der Gesetzgeber mit dieser unterschiedlichen Formulierung in Abs.1 und in Abs.2 zum Ausdruck bringen wollen. Das Wort "kann" in Abs.2 bedeutet mithin nicht, daß die Staatsanwaltschaft hier in ihren Erwägungen freier gestellt ist als in Abs.1, d.h. noch andere Zwecke verfolgen und ein Vergehen auch dann zur Anklage bringen darf, wenn die Schuld gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Das Wörtchen "kann" ist hier nichts weiter als die bloße Bezeichnung einer Ausnahmebefugnis, nicht zu verfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen im Einzelfall fehlen.

Während bei dem Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO immerhin die Gefahr besteht, daß man auch außerstrafrechtliche Zweckerwägungen zur Abstandnahme von der Verfolgung für zulässig erachtet, hat der Gesetzgeber solchen Überlegungen durch die Unterbegriffe "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen der Tat" von vornherein bei § 153 StPO den Riegel vorgeschoben. Niemand wird mit finanziellen Erwägungen eine durchschnittliche Verfehlung auf das Maß der Geringfügigkeit herunterholen wollen. So sagt Kohlhaas mit Recht, das Verfahren dürfe nach § 153 StPO nicht deshalb eingestellt werden, "weil die Beweislage - trotz zweifellos vorhandenen hinreichenden Tatverdachts und ohne Vorliegen minderschwerer Gesichtspunkte - so kompliziert sei, daß der Aufwand an Zeit und Zeugengebühren zu dem Ergebnis einer zu erwartenden kurzen Freiheitsstrafe nicht im genügenden Verhältnis stehe", "oder

---

249) Im Ergebnis ebenso Müller, KMR, § 153 StPO Anm.2b

250) Kohlhaas, GA 1956,S.243; ders. Lö-Ro, § 153 Anm.3; Müller, KMR, § 153 Anm.2b

etwa, weil die Verhandlung des Falles unliebsame Erörterungen in der Öffentlichkeit über Korruption maßgebender Stellen nach sich ziehen könnten"[251]. "Ebensowenig darf eine zeitweilige Überlastung der Gerichte zur vermehrten Einstellung führen"[252]. Der Gedanke der Entlastung der Gerichte hat zwar entscheidenden Anteil an der Einführung des § 153 StPO gehabt, aber der Gesetzgeber hat wohlweislich nicht den Verfolgungsbehörden die Handhabung dieses Gedankens im Einzelfalle überlassen, sondern die Verfolgung an eindeutige materielle Voraussetzungen geknüpft[252]. Weiterhin wird niemand bezweifeln, daß man niemals aus politischer Rücksichtnahme die Schuld als gering und die Folgen der Tat als unbedeutend ansehen darf[253].

Unstreitig können also außerstrafrechtliche Gesichtspunkte nicht die Einstellung eines Verfahrens nach § 153 StPO rechtfertigen, denn das verhindern die Einstellungsbedingungen "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen der Tat". Einige wollen aber trotz dieser strikten Voraussetzungen Billigkeitsrücksichten bei der Einstellung zum Zuge kommen lassen, die mit der Schuld und den Folgen der Tat eigentlich nichts zu tun haben. So heißt es in den Richtlinien für das Strafverfahren Nr.74 Abs.1:"Besonders die §§ 153 und 153b StPO geben dem Staatsanwalt eine Handhabe, von der Verfolgung von Straftaten abzusehen, ... bei denen

---

251) Kohlhaas, GA 1956,S.241; zustimmend Heinitz, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.332; a.A. offenbar Gerland, Der Deutsche Strafprozeß,1927, S.159: "Aus Zweckmäßigkeitserwägungen jeder Art(OP) kann im Einzelfall von Klage abgesehen werden (u.a. Wirkung des Strafverfahrens auf die Öffentlichkeit)".

252) Heinitz,a.a.O.

253) Vgl. aber Bader, JZ 1951,187, der tatsächlich vorgekommene Verfahrenseinstellungen aus offenbar politischer Rücksichtnahme nennt.

die Billigkeit gebietet, eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Härte auszugleichen, die sich aus einer wortgetreuen Anwendung des Gesetzes ergeben würde". Für solche Billigkeitserwägungen ist jedoch in diesem Stadium des Verfahrens kein Raum. Der Richter mag der Billigkeit bei der Strafzumessung Rechnung tragen, wenngleich dessen Berechtigung hierzu auch zweifelhaft erscheint. Schließlich ist die Gnadenbehörde dafür da, ein allgemein als unbillig empfundenes Gesetz durch Gnadenerlaß zu mildern. Aber schon zu Beginn des Verfahrens derartige Gesichtspunkte zu berücksichtigen, geht nicht an. Eine solche unzulässige Billigkeitserwägung nennt z.B. Eb.Schmidt, der meint, solange der Gesetzgeber das Problem der Ordnungswidrigkeiten gesetzlich nicht gelöst habe und sich Straftatbestände im Strafgesetzbuch finden, die keinen kriminellen Unwertcharakter tragen und deshalb als bloße Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht auszuscheiden sind, dürfe es zur Bestrafung dieser Delikte nicht kommen, nachdem der Gesetzgeber mit dem Wirtschaftsstrafgesetz und dem Ordnungswidrigkeitsgesetz die "Grundentscheidung" getroffen habe, "daß es eine unvertretbare Ungerechtigkeit sei, eine bloße Ordnungswidrigkeit mit einer Kriminalstrafe zu ahnden". Deshalb müßten in solchen Fällen die Staatsanwaltschaft und das Gericht von der Handhabe des § 153 Abs.2 und 3 StPO Gebrauch machen und das Verfahren einstellen, "um solche Ungerechtigkeiten zu vermeiden"[254]. Abgesehen davon, daß es sehr schwierig ist, Verwaltungsunrecht vom kriminellen Unrecht materiell zu unterscheiden[255], hat der Gesetzgeber allein die Entscheidung zu treffen, ob eine Ordnungswi-

---

254) Eb.Schmidt, Lehrkommentar I,Randnr.397; ebenso Lange, NJW 1953,689: Es sei grundsätzlich dann einzustellen, "wenn Unrecht und Schuld im materiell strafrechtlichen Sinne überhaupt nicht vorliegen und nur die leere Hülse des formellen Tatbestandes übrig geblieben ist".

255) Vgl. zu den Möglichkeiten der Unterscheidung Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Diss.Würzburg 1961

drigkeit oder eine Straftat vorliegt. Staatsanwaltschaft und Gericht sind an diese gesetzliche Entscheidung gebunden und dürfen den Gesetzgeber nicht über die Einstellung nach § 153 StPO korrigieren[256].

Während durch die Begriffe "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen der Tat" weitgehend bei § 153 StPO - im Gegensatz zu § 376 StPO - die Gefahr gebannt ist, daß ein Täter, dem Strafe gebührt, aus außerstrafrechtlichen Erwägungen laufen gelassen wird, besteht andererseits eine gewisse Unsicherheit, ob nicht ein Delikt trotz Geringfügigkeit aus anderen, bisher in der Literatur noch nicht ausdrücklich genannten Opportunitätsrücksichten, die sich auf das "öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" und das Wort "kann" in Abs.2 stützen, verfolgt werden darf. Was können denn hier noch andere als politische Zweckmäßigkeitserwägungen unter solchen Rücksichten in Betracht kommen, die nicht die Schuld und die Folgen der Tat betreffen? Niemand denkt aber ernsthaft daran, solchen Erwägungen im Strafverfahren Berechtigung zuzusprechen und etwa einen politisch mißliebigen Täter anders behandeln zu lassen als andere[257]. Wenn Schäfer-Hartung sagen[258]: "Besondere Rücksicht ist auf die staatlichen Interessen zu nehmen" und Feisenberger[259] das "öffentliche Interesse" als "beachtliche Belange (u.a.) der Staatsverwaltung" definiert, so erscheint das mehr falsch denn richtig. Richtig insofern, als auch "staatliche Interessen" oder "beachtliche Belange der Staatsverwaltung" bei einer berechtigten Strafverfolgung wahrge-

---

256) Ebenso OLG Schl.-Holst.,Urt.v.1.12.1954,SchlHA 1955,306; vgl. auch KMR, § 1 OWiG Anm.2 und Sax, in: Die Grundrechte, III/2, 1959, S.932 f.

257) Vgl. Kohlhaas, GA 1956, S.241

258) Strafrecht und Strafprozeß,Teil II,1924,§ 153 Anm.8

259) Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handkommentar, 1926, § 153 Anm.3

nommen werden, falsch dagegen, weil außer den Strafverfolgungszwecken der Vergeltung, der Generalprävention und der negativen Spezialprävention keine ferneren Zwekke bei der Frage der Strafverfolgungspflicht berücksichtigt werden dürfen. Man muß deshalb mit Heinitz[260] zu dem Ergebnis kommen: "Erwägungen, die sich weder auf das Maß der Schuld noch auf den Umfang der Folgen der Tat beziehen, dürfen bei der Entscheidung über die Einstellung gemäß § 153 StPO keine Beachtung beanspruchen; ihre Berücksichtigung bedeutet daher eine Verletzung des Legalitätsprinzips".

Nichts anderes war der Wille des Gesetzgebers von 1924, als den generellen Verfolgungszwang bei Übertretungen und Vergehen durch einen Verfolgungszwang im Einzelfall zu ersetzen, der sich unter den weiteren Voraussetzungen des § 153 StPO ergibt. Der Gesetzgeber von 1964 hat in seiner Änderung des § 153 StPO keinen gegenteiligen Willen bekundet. Der Abgeordnete Busse begründete in der zweiten Lesung des StPÄG am 27.März 1963[261] die Streichung der Einstellungsvoraussetzung "unbedeutende Folgen der Tat" in § 153 StPO damit, daß die künftige Entwicklung des Strafrechts nicht außer Acht gelassen werden sollte. "Dieses ist aber entscheidend abgestellt darauf, daß bestraft werden soll die Schuld des Täters. Deshalb kann es für die Frage, ob ein Verfahren eingestellt werden soll oder nicht, nicht mehr darauf ankommen, welche Folgen die Tat gehabt hat, wenn feststeht, daß die Schuld des Täters so unbedeutend ist, daß man von einer Strafe absehen kann". Wie man sieht, ist hier das Absehen von Strafe, das ein Grenzfall der Strafzumessung ist, mit der Frage verwechselt worden, ob die Allgemeinheit überhaupt den Erlaß eines Strafurteils, und sei es eines solchen, das von Stra-

---

260) Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.332
261) Drucksachen des Bundestages IV/1171/3143 B

fe absieht[262], verlangt. Der Abgeordnete Jahn führte denn auch am 13.November 1964 in der 147.Sitzung des Deutschen Bundestages aus[263]: "Demgegenüber macht der Bundesrat geltend, daß bei dem Vorwurf eines Vergehens eine Einstellung nicht nur von der Schuld des Täters abhängig gemacht werden dürfe, sondern auch mit dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung müsse vereinbart werden können, wie es der Regelung bei den Übertretungen entspricht. Der Vermittlungsausschuß hat dieser Überlegung deshalb entsprochen, weil er es für notwendig erachtet, daß neben der subjektiven Schuldvoraussetzung auch für die Frage der Einstellung eines Verfahrens, das ein Vergehen zum Gegenstand hat, ein möglichst objektiver Maßstab, nämlich die Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse gesetzt werden sollte".

Nach dem Willen des Gesetzgebers von 1964 sollen also nunmehr die Folgen der Tat im Falle des Abs.1 bei dem "öffentlichen Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" und im Falle des Abs.2 bei dem "öffentlichen Interesse an der Verfolgung" berücksichtigt werden. Indes erscheint die Änderung des § 153 StPO als recht unglücklich. Einmal taucht die bereits oben[264] entschiedene Frage auf, ob die unverschuldeten Folgen weiterhin zu beachten sind, zum anderen kann es zweifelhaft sein, ob sich

---

262) § 153a StPO, der bereits die Abstandnahme von der Verfolgung gestattet, wenn von Strafe abgesehen werden kann, kommt erst zum Zuge, nachdem feststeht, daß das Verfahren nicht schon nach § 153 StPO eingestellt werden muß. Bei § 153a StPO ist es dann eine Frage des Ermessens, ob man erstens von Strafe absehen kann und zweitens nicht wenigstens den Beschuldigten durch den Erlaß eines Strafurteils, das allerdings von Strafe absieht, zur Ordnung rufen soll. § 153a StPO ist ein Sonderfall, der in erster Linie aus prozeßökonomischen Gründen eingeführt wurde. Er darf nicht zu dem Schluß verleiten, daß die Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO nichts anderes als ein Absehen von Strafe ist.

263) Stenographischer Bericht 7241 C

264) S.135 ff.

die bisherige Einstellungsvoraussetzung "unbedeutende Folgen der Tat" nach oben verschoben hat, so daß nunmehr auch Straftaten mit durchschnittlichen Folgen bei sonst geringer Schuld eingestellt werden dürfen. Zu dem letzteren Zweifel ist zu sagen: bei Übertretungen und Offizialvergehen besteht ein berechtigtes Interesse der Allgemeinheit an einer staatlichen Reaktion auf die Straftat immer schon dann,wenn die Folgen der Tat nicht mehr unbedeutend sind. Mit der Neufassung des § 153 StPO durch das StPÄG von 1964 hat sich also der bisherige Rechtszustand nicht geändert. Die Einstellungsvoraussetzung des Abs.2: "und besteht kein öffentliches Interesse an der Verfolgung" ist identisch mit der alten Formulierung "und sind die Folgen der Tat unbedeutend". Man wird zugeben müssen, daß die frühere Fassung des Abs.2 zu weniger Zweifeln Anlaß gab, obwohl die Begründung der Änderung des Abs.2 im Jahre 1964 ausdrücklich hervorhebt,daß mit der Bezugnahme auf das öffentliche Interesse "ein möglichst objektiver Maßstab" geschaffen werden sollte. Nicht umsonst hatte der Gesetzgeber von 1924 den Begriff öffentliches Interesse an der Strafverfolgung in Abs.2 durch die Unterbegriffe "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen der Tat" abgegrenzt[265]. Nun steht der Unterbegriff "geringe Schuld" neben dem Oberbegriff "öffentliches Interesse an der Verfolgung", was schon dogmatisch bedenklich erscheint. Man sollte daher wieder zu der alten Fassung des § 153 Abs.2 zurückkehren. Auch grenzt die frühere Formulierung des Abs.1 besser die Verfolgungspflicht nach unten ab. Wenn man aber in Abs.1 den alten Wortlaut wieder einführt, muß man darüber im klaren sein, daß der Begriff "öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" nur den Fall betrifft, wo ein Beschuldigter sich mit

---

265) Dagegen hatte der Entwurf einer Strafverfahrensordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes von 1933/34 verständlicherweise die Ersetzung der Einstellungsvoraussetzung "unbedeutende Folgen der Tat" durch den Begriff "öffentliches Interesse an der Verfolgung" vorgeschlagen (vgl. Schäfer, DStrR 1935,251). Ebenso auch Töwe, GS 108 (1936), S.150

einer gebührenpflichtigen Verwarnung der Polizei nicht einverstanden erklärt.

Wenn die h.M. richtig sein soll, die § 153 StPO als eine Opportunitätsbestimmung ansieht, so bleibt für sie nur noch übrig, daß die Begriffe "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen der Tat Ermessensbegriffe sind. Dies ist jedoch schon oben[266] widerlegt worden. Das Verfahren "muß" wegen einer Übertretung oder eines Vergehens eingestellt werden, wenn die Schuld des Täters und die Folgen der Tat unter dem Durchschnitt vergleichbarer Verfehlungen liegen. Eine Durchschnittstat ist bereits anzuklagen[267].

Man steht allgemein auf dem Standpunkt, daß die Schuld und die Folgen an den Durchschnittsverstößen gegen dieselbe Strafbestimmung gemessen werden müssen[268]. Eb.Schmidt meint allerdings, das Abstellen auf ein Durchschnittsmaß bei Verfehlungen gleicher Art führe kaum zu einer brauchbaren Richtlinie, da die Übertretungen im allgemeinen so "bagatellarischen Charakters (sind), daß es nur relativ wenig Fälle geben wird, in denen nicht von geringer Schuld gesprochen werden kann"[269]. Für die Verfolgung in Frage kämen "vor allem die Fälle des § 361 StGB, bei denen der Hang zu parasitärer Lebensführung eine nicht unerhebliche Schuldschwere ausmachen kann" und auch eine Übertretung nach § 360 Ziff.11 StGB, die "von großer Rücksichtslosigkeit (Lärm in der Nähe von Krankenhäusern, Kirchen) zeuge, so daß geringe Schuld nicht annehmbar erscheint"[270]. Wenn Eb.Schmidt hiermit meint, daß es Übertretungen gibt, die

---

266) S.144 ff.

267) Vgl. Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.3; anders jedoch in GA 1956,S.247: "Liegt das Verschulden über dem Durchschnitt, so ist anzuklagen".

268) Bumke, a.a.O.,S.73 Anm.6; Schwarz-Kleinknecht,a.a.O., § 153 StPO Anm.2 A; ebenso RiStV Nr.75 Abs.3

269) Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Anm.3; dagegen Kohlhaas, GA 1956, S.247

270) Eb.Schmidt, a.a.O.

regelmäßig unverfolgt bleiben können, andere hingegen im Regelfalle zu verfolgen sind, so ist ihm zuzustimmen.Wer bettelt, ist in aller Regel nach § 361 Ziff.4 StGB zu bestrafen, da die Allgemeinheit immer ein Interesse daran hat, nicht in dieser Weise behelligt zu werden. Hier könnte nur ausnahmsweise die Schuld als gering angesehen werden, wenn der Täter aus Übermut oder auf Grund einer plötzlichen Notlage gehandelt hat. Unter der weiteren Voraussetzung, daß von der Tat keine Anreizwirkung auf potentielle Täter ausgeht, ist dann das Verfahren einzustellen. Wenn aber jemand einen Blumentopf zur Straßenseite auf die ungesicherte Fensterbank stellt, so wird er regelmäßig nicht nach § 366 Ziff.8 StGB zu bestrafen sein, es sei denn, er stellt den Blumentopf absichtlich hin, um ihn bei nächster Gelegenheit einem Passanten auf den Kopf zu stürzen. Es muß eben immer das berechtigte Durchschnittsmaß für Schuld und Folgen im Hinblick auf das öffentliche Interesse am abstrakten Deliktstatbestand ermittelt werden. Dabei sind die Schuldformen von der unbewußten Fahrlässigkeit bis zur Absicht nur Indizien für die Durchschnittsschuld, die "im Sinne eines Strafzumessungsgrundes" zu bewerten ist[271].

Man hat darüber gestritten, ob der Begriff "geringe Schuld" in § 153 StPO ausschließlich[272], im wesentlichen[273] oder überhaupt nicht[274] die moralische Schuld des Täters meint. Ohne einem Gesinnungsstrafrecht damit das Wort zu reden,

---

271) Kiesow, a.a.O., § 153 Anm.5; Schäfer-Hartung, § 153 Anm.5; Grebe, GA 72 (1928),S.83/84; Bernsdorf, Diss.1930, S.24

272) Herrnstadt, Diss.1929,S.17, der unter Schuld im Sinne des § 153 StPO nicht strafrechtliches "Verschulden, sondern unethisches, sozial schädliches Verhalten" verstehen will.

273) Kiesow, a.a.O.,§ 153 Anm.5; Schäfer-Hartung, a.a.O., § 153 Anm.5; Grebe, GA 72 (1928),S.83; Kohlhaas, GA 1956, S.247; vgl. auch dens., Lö-Ro,§ 153 Anm.3; Wagner, in Festschrift für den 45.Deutschen Juristentag, 1964, S.171

274) Johann, Diss.1931,S.6; Kohlrausch, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1936,§ 153 Anm.3; Eb.Schmidt,Lehrkommentar II, § 153 Anm.3

dürfen auch "moralische Wertmaßstäbe" zur Ermittlung des Grades der Schuld angelegt werden. "Moral" darf hier natürlich "nicht mit der Überspannung sittlicher Begriffe in Verbindung gebracht werden"[275]. Zeigt z.B. die Tat eine asoziale Gesinnung des Täters, oder ist der Beschuldigte wegen gleicher oder ähnlicher Taten bereits vorbestraft oder schon vor der Tat von der Polizei verwarnt oder nur gewarnt worden, so kann man regelmäßig auch die strafrechtliche Schuld nicht mehr als gering ansehen [276].

In der Regel wird man das berechtigte Durchschnittsmaß der Schuld bei den Vergehen auf Grund ihrer schärferen Strafdrohungen so tief ansetzen müssen, daß nur bei einem gesetzlichen Strafmilderungsgrund oder bei Sachverhalten, die an einen Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund nahe heranreichen, ohne ihn jedoch vollständig zu erfüllen, von geringer Schuld im Sinne des § 153 Abs.2 StPO gesprochen werden kann. Dagegen lassen bei Übertretungen regelmäßig auch alle anderen Umstände, die die Schuld sonst vermindern, die Schuld des Täters als gering im Sinne des § 153 Abs.1 StPO erscheinen. Während es bei den Übertretungen wohl kaum vorkommen wird, daß selbst die geringste Zuwiderhandlung stets ein öffentliches Interesse an der Verfolgung auf den Plan ruft, gibt es unter den Vergehen naturgemäß zahlreiche Fälle, in denen das Verfahren niemals wegen Geringfügigkeit eingestellt werden kann. Das verbietet schon bei vielen Erfolgsdelikten und den meisten erfolgsqualifizierten Delikten der Eintritt der bedeutenden, tatbestandsmäßig vorausgesetzten Tatfolgen. Es ist einleuchtend, daß z.B. das Vergehen der fahrlässigen Tötung gemäß § 222 StGB niemals nach § 153 StPO eingestellt werden darf. Aber auch reine Tätigkeitsdelikte, wie z.B. das Vergehen der uneidlichen Falschaussage gemäß § 153 StGB, sind

---

275) Kohlhaas, GA 1956, S.247

276) Vgl. Karl E.Meyer, GA 75 (1931),S.241; Kohlhaas, a.a.O.

wegen des öffentlichen Interesses am abstrakten Deliktstatbestand u.U. immer zu bestrafen.

Bei den Folgen der Tat müssen auch die bloßen Gefährdungen von Rechtsgütern mit berücksichtigt werden[277]. Das gilt nicht nur für die konkreten Gefährdungsdelikte wie z.B. § 315c StGB, oder die abstrakten Gefährdungsdelikte, wie z.B. § 367 Abs.1 Nr.5 und 6 StGB. Auch andere als die in § 315c Abs.1 Nr.2 StGB aufgeführten Straßenverkehrsübertretungen können im Einzelfall zu einer Gefährdung des Publikums geführt haben. Dann ist je nach dem Grad der Gefährdung, der im Hinblick auf das öffentliche Interesse am abstrakten Deliktstatbestand eindeutig zu ermitteln ist, die Tat auch dann zu verfolgen, wenn im übrigen die Schuld gering ist und die anderen Folgen, wie z.B. die Anreizwirkung auf potentielle Täter, als unbedeutend erscheinen.

Die Folgen der Tat, die den Täter unmittelbar selbst betroffen haben, stehen nach h.M. einer Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 StPO nicht im Wege, selbst wenn sie sehr erheblich sein sollten[278]. Das ergibt sich einmal daraus, daß ein Einzelinteresse fehlt, das mittelbar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung entstehen lassen könnte. Zum anderen kommt auch unmittelbar kein öffentliches Interesse zur Entstehung, da jeder Bürger nach der geltenden Rechtsordnung sich selber Schaden zufügen darf, ohne daß die Allgemeinheit berechtigt wäre, eine staatliche Reaktion hierauf zu verlangen.Dagegen muß hierbei der Gesichtspunkt außer Betracht bleiben, daß der Täter durch die Folgen der Tat selbst schon schwer genug bestraft ist, so daß man auf eine zusätzliche staatliche Bestrafung verzichten kann. Dies wäre eine Erwägung, die bei der Strafbemessung zu einer geringen Strafe führen wird.

---

277) Ebenso Kohlhaas, GA 1956, S.249

278) Kohlhaas, a.a.O.; Cordier, NJW 1957,1789;
OLG Karlsruhe, DAR 1960, 183

Die Einstellung nach § 153 StPO ist aber nicht wie das Absehen von Strafe ein Grenzfall der Strafzumessung, sondern das Eingeständnis, daß mangels eines staatlichen Strafklagerechts überhaupt keine Strafzumessung erfolgen darf. Erwägungen, die sich auf die Höhe der Strafe und nicht auf die Höhe der Schuld beziehen, dürfen deshalb bei der Ermittlung der Einstellungsvoraussetzungen gemäß § 153 StPO nicht beachtet werden. Diese Erkenntnis wird bedeutsam für alle Fälle, wo sich die Folgen der Tat nicht auf den Täter beschränkt haben. Der Staatsanwalt hat also z.B. eine Mutter, die aus Unachtsamkeit ihr Kind in einen mit heißem Wasser gefüllten Kessel fallen läßt, immer wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB anzuklagen, auch wenn die Mutter durch den Tod ihres Kindes seelisch so schwer getroffen ist, daß sie schon als genug bestraft angesehen werden kann[279].

Das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Übertretungen und Vergehen kann durch das nachträgliche Verhalten des Beschuldigten positiv und negativ beeinflußt werden[280]. Einmal kann das bereits entstandene öffentliche Interesse an der Verfolgung wieder in Fortfall kommen, wenn der Täter den verursachten Schaden ersetzt und dadurch die bedeutenden Folgen zu unbedeutenden werden[281]. Zum anderen läßt das positive Verhalten des Täters nach der Tat Rückschlüsse auf dessen innere Haltung bei der Begehung der Tat und

---

279) Für solche Fälle hatte Heinz von Vogel, DR 1940,1085 in der Diskussion über die Auflockerung des Verfolgungszwangs folgende Ausnahmebestimmung vorgeschlagen: "Bei fahrlässig begangenen Handlungen kann von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen werden, wenn der Beschuldigte durch die Folgen der Tat selbst schwer betroffen ist und die Tat mit Rücksicht hierauf nach dem gesunden Volksempfinden eine strafrechtliche Sühne nicht erfordert". Vgl. hierzu Faden, Diss.1948, S.46 f.

280) Müller, KMR, § 153 Anm.2c

281) Müller, a.a.O.; Kohlhaas GA 1956,S.244,248; ders., Lö-Ro, § 153 Anm.17

damit auf dessen mehr oder weniger große Schuld zu[282]. Hat z.B. der Beschuldigte seine Unterhaltspflicht verletzt, weil er geglaubt haben will, er dürfe erst andere drückende Schulden abstoßen, so kann sein Vorbringen glaubwürdig erscheinen, wenn er nach Belehrung nunmehr pünktlich seine Pflicht erfüllt[283]. Auch aus der nach der Tat gezeigten Bereitschaft des Täters, eine Buße zu zahlen[284] oder den Schaden wieder gut zu machen[285], kann "auf eine gewisse, schon zur Tatzeit vorhandene Einsicht und aus dieser inneren Haltung, die ohnehin dem Beweis schwer zugänglich ist, auf eine geringe Schuld geschlossen werden"[286]. Dieser Rückschluß von dem Verhalten des Täters nach der Tat auf das Ausmaß der Schuld bei der Begehung der Tat ist eine Frage des Schuldnachweises und streng zu unterscheiden von der Strafzumessung, wo die Reue des Täters und der Ersatz des Schadens aus dem Gesichtspunkt der positiven Spezialprävention strafmildernd berücksichtigt werden darf[287]. Steht also die Verwerflichkeit der Gesin-

---

282) KG, VRS8(1955),Nr.53,S.127 (129); LG Braunschweig, NdsRpfl.1964,140; vgl. auch RiStV Nr.75 Abs.3

283) Beispiel des LG Braunschweig , a.a.O.

284) KG,VRS 8(1955),S.129; ebenso Müller, KMR,§ 153 Anm.2c; Schwarz-Kleinknecht,Strafprozeßordnung,§ 153 Anm.2A; Kohlhaas, Lö-Ro,§ 153 Anm.17;
a.A. Trapp, NJW 1958,292

285) Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.; RiStV Nr.75 Abs.3: Hierauf darf der Beschuldigte aufmerksam gemacht werden, "wenn Mißdeutungen ausgeschlossen sind und auch der Anschein eines unzulässigen Drucks auf den Beschuldigten vermieden wird".

286) KG, VRS 8 (1955), S.129

287) Dies übersehen Trapp, NJW 1958,292 und LG Köln, NJW 1962, 1024, die die Beurteilung der Schuld als gering auf Grund des nachträglichen Verhaltens des Täters für unzulässig erachten. Das LG Köln läßt aber mit Cordier, NJW 1957, 1790 im Gegensatz zu Trapp die Bußgeldzahlung bei der Frage des öffentlichen Interesses an der Verfolgung durch den Staatsanwalt mit berücksichtigen.

nung des Täters bei der Tatbegehung fest, so kann ein nachträgliches positives Verhalten des Täters nicht das bereits entstandene öffentliche Interesse an der Verfolgung in Fortfall bringen, sondern später nur bei der Strafbemessung Beachtung finden. Eine freiwillige Bußgeldzahlung vermag daher nur dann den Ausschlag bei der Qualifizierung der Schuld als gering zu geben, wenn die übrigen Anhaltspunkte für diese Beurteilung nicht ganz ausreichend sind.

Nach h.M. darf dagegen die Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO weder von einer Geldbuße[288], noch von der Zahlung der bisher angefallenen Verfahrenskosten[289] "abhängig gemacht werden". Der Gesetzgeber hat eine solche Verfahrensweise wohlweislich bei der Einstellung gemäß § 153 StPO nicht vorgesehen[290]. Nur im Jugendstrafver-

---

288) Müller, DDevR 1957,102; Heinitz, Festschrift für Theodor Rittler, 1957,S.334; Trapp, NJW 1958,292; Rahn, in Kriminalpolitische Gegenwartsfragen,1959, S.233; Müller, KMR, § 153 Anm.2d; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.17;RiStV Nr.74 Abs.4;
vgl. dagegen Cordier, NJW 1957,1789; LG Köln, NJW 1962,1025: Der Staatsanwalt, der allein zur Prüfung des öffentlichen Interesses berechtigt sei, dürfe seine Zustimmung zur Einstellung, die das Gericht wegen geringer Schuld und unbedeutender Folgen anregt, "von einer angebotenen oder von ihm für erforderlich gehaltenen Bußzahlung abhängig machen,falls hierbei jeder unzulässige Druck auf den Angeklagten oder auch nur der Anschein eines solchen vermieden wird". Die Bußleistung müsse aber vor der Einstellung bereits vollzogen sein. Wenn das LG Köln die Bußgeldzahlung tatsächlich nur als Indiz für die Schuld des Täters werten würde, bliebe es unverständlich, warum nicht auch das Gericht auf diese Weise die Geringfügigkeit der Schuld ermitteln könnte.

289) LG Köln, NJW 1962,1025; Müller, KMR, § 153 Anm.2d; RiStV Nr.74 Abs.4

290) Nach § 8 Abs.3 der 4.VO zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 13.12.1944 (RGBl.I,S.339) konnte dagegen die Einstellung des Verfahrens von der Erfüllung bestimmter Auflagen abhängig gemacht werden,wodurch die seit 1943 geübte Auflagenpraxis,derzufolge die Staatsanwaltschaft im Ergebnis selbst Strafen verhängte, eine gesetzliche Grundlage erhielt. Die

fahren ist dem Gericht aus pädagogischen Gründen die Befugnis zugestanden worden, auf Anregung des Jugendstaatsanwalts dem geständigen Beschuldigten u.a. eine Arbeitsauflage gemäß § 45 Abs.1 JGG zu machen, anstatt ihn seine Verfehlung durch ein Strafurteil büßen zu lassen. Schon der e-contrario-Schluß zu § 45 JGG verbietet es, die Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO mit einer Auflage zu verknüpfen und auf solchem Wege die Tat an Stelle einer Bestrafung zu ahnden. Für eine Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft, "ob dem Gemeinwohl durch eine Bußzahlung in gleicher oder besserer Weise Genüge getan werden kann als durch die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung", ist hier also entgegen Cordier[291] kein Raum.

Es ergibt sich mithin, daß die Staatsanwaltschaft und das Gericht bei keiner der Erwägungen, die die Einstellung eines Verfahrens wegen Geringfügigkeit gemäß § 153 StPO zu rechtfertigen vermögen, ein Ermessen ausüben darf. Die Ermittlung des berechtigten Durchschnittsmaßes von Schuld und Folgen, sowie die Subsumtion des Sachverhalts unter dieses Maß kann und muß eindeutig erfolgen. Wenn man dies erkennt, so erscheint die ablehnende Haltung, die in der Literatur der Lex-Emminger von 1924 etwa in gleichem Maße wie Zustimmung entgegengebracht worden ist[292], als unberechtigt. Machte man doch vor allem geltend, die unbestimmten Begriffe des § 153 StPO ließen den Verfolgungsorganen das "freieste Ermessen" oder seien als strikte Einstellungsvoraussetzungen "unpraktikabel"[293]. Wenn man

---

Auflagenbefugnis der Staatsanwaltschaft wurde 1946 in den drei Zonen wieder abgeschafft. Vgl.dazu Faden, Diss.1948, S.71 ff.

291) NJW 1957,790

292) Vgl.die zahlr.Nachweise bei Hertz,Diss.1935,S.79 f.

293) Vgl. Graf von Pestalozza,JW 1924,286; Mannheim,JW 1924,1646 f.; Rosenberg,JZ 1924,261; neuerdings wieder Wagner, in Festschrift für den 45.Deutschen Juristentag, 1964, S.171

weiterhin gegen die Verordnung von 1924 u.a. eingewendet hat, sie habe den Verletzten rechtlos gestellt, weil sie ihm nicht das Recht zur subsidiären Privatklage gewährt habe[294], so ist doch diese Verkürzung der Rechte des Verletzten im Interesse einer gleichmäßigen und gerechten Strafrechtspflege zu begrüßen. Der Gesetzgeber von 1924 hat sich mit Recht von der privatrechtlichen Auffassung des Verbrechens abgewandt. Der Staat ist allein Inhaber des Strafklagerechts, und als solcher hat er in § 153 StPO auf die Durchsetzung des mit Begehung der Tat entstandenen "Strafanspruchs" bei Übertretungen und Vergehen mit geringer Schuld und unbedeutenden Folgen ein für alle mal verzichtet. Die Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO hat deshalb lediglich feststellende und nicht rechtsgestaltende Bedeutung[295]. Die Gerichte bringen also nicht erst durch ihre Entscheidung, das Verfahren nach § 153 StPO einzustellen, ein Verfahrenshindernis zum Entstehen, wie das Reichsgericht in seinem Urteil vom 9.2.1925[296] gemeint hat, sondern das Verfahrenshindernis besteht bereits durch Gesetz. Damit ist aber noch nicht entschieden, wer von den Organen der Strafrechtspflege zur verbindlichen Feststellung der Einstellungsvoraussetzungen berufen ist. Nach dem Wortlaut des § 153 Abs.3 StPO ist nach Erhebung der öffentlichen Klage hierzu eine einverständliche Feststellung des Gerichts und der Staatsanwaltschaft erforderlich. Ob dies dem geltenden Recht entspricht, wird im dritten Kapitel dieser Arbeit zu untersuchen sein.

---

294) Vgl. Mannheim, JW 1924, 1646

295) Vgl. BGHSt 16,399 (401) zu § 7 Abs.3 OWiG. Der BGH hat dort zutreffend erkannt, daß der Ausspruch über das Absehen von Buße wegen Bedeutungslosigkeit der Ordnungswidrigkeit lediglich feststellende und keine rechtsgestaltende Bedeutung hat, vgl.oben S.156 f.

296) RGSt 59,54 (56)

IV.

Das besondere öffentliche Interesse an der Verfolgung von leichten vorsätzlichen sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachten Körperverletzungen gemäß § 232 Abs.1 StGB

Durch die Verordnung zur Änderung der Strafvorschriften über fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Flucht bei Verkehrsunfällen vom 2.4.1940[297] hat § 232 StGB eine bedeutsame Änderung erfahren. Nach dem Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871[298] hatte § 232 Abs.1 StGB folgenden Wortlaut:

"Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§ 223, 230) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist".

Die Neufassung von 1940 ersetzte die bisherigen Ausnahmen vom Antragserfordernis, die insbesondere bei Verletzungen im Straßenverkehr zu unbilligen Ergebnissen geführt hatten, durch die umfassende Formulierung: "es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten erachtet". Dazu führte die AV des RJM vom 23.4.1940[299] folgendes aus: "Wie die amtliche Begründung hervorhebt, besteht im Bereich des Straßenverkehrs für die Unterscheidung zwischen Berufsfahrern und Nichtberufsfahrern kein inneres Bedürfnis. Mit dem Führen eines Kraftwagens nimmt jeder die gleiche Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft auf sich, einerlei, ob er 'Berufsfahrer' oder 'Herrenfahrer' ist".. Daher "ist die

297) RGBl.I, S.606
298) RGBl. S.127
299) DJ 1940, 509

Strafverfolgung durch die Neufassung des § 232 StGB dahin geregelt, daß künftig auch die'mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht' (§ 232 StGB a.F.) begangenen leichten vorsätzlichen und fahrlässigen Körperverletzungen grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt werden".

Nach der Neuregelung vermag nunmehr generell ein "besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" einen Strafantrag zu ersetzen. Dies wurde wie folgt begründet?[299] "Die Erfahrung hat gezeigt, daß vielfach - insbesondere in Verkehrsunfallsachen - das gesunde Rechtsempfinden eine Bestrafung wegen einer leichten vorsätzlichen oder einer fahrlässigen Körperverletzung verlangt, auch wenn ein Strafantrag nicht gestellt wird. § 232 StGB in der neuen Fassung ermöglicht daher ein Einschreiten von Amts wegen, wenn es der Staatsanwalt wegen des 'besonderen' öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung für geboten erachtet. Diese Voraussetzung für das Einschreiten des Staatsanwalts von Amts wegen ohne Stellung eines Strafantrages geht über die für Privatklagesachen geltende Vorschrift des § 376 StPO insofern hinaus, als sie ein 'besonderes öffentliches Interesse' an der Strafverfolgung erfordert. Damit wird der Ausnahmecharakter dieser Fälle klargestellt. Der Staatsanwalt wird von dieser Ermächtigung z.B. Gebrauch machen

a) bei einschlägigen ernsteren Vorstrafen[300]
b) bei besonders grobem Leichtsinn[301] (insbesondere bei Trunkenheit am Steuer [302])
c) bei besonders niedriger Gesinnung[303]

---

300) Ebenso RiStV Nr.241 Abs.1 u.Nr.252 Abs.3; Rietzsch, DJ 1940,534; Mühlhaus,JZ 1952,170; Schaefer bei Ebermayer (LK),§ 232 Anm.2; Schönke-Schröder,Strafgesetzbuch,§ 232 Erl.5; die Angaben über den Grad der Vorstrafen schwanken allerdings.

301) Ebenso mit unterschiedlicher Angabe des Grades:RiStV Nr.241 Abs.1 u.Nr.252 Abs.3; Rietzsch,a.a.O.; Schaefer (LK),a.a.O.; Schönke-Schröder, a.a.O.

302) Ebenso RiStV Nr.252 Abs.3; Rietzsch,a.a.O.; Mühlhaus, JZ 1952,171; Schönke-Schröder, a.a.O.

d) bei schweren Unfallfolgen[304] und dadurch hervorgerufener besonderer Erregung in der Öffentlichkeit[305].

Dagegen wird in der Regel, wenn der Verletzte ein Angehöriger des Täters ist, von der Strafverfolgung abgesehen werden können, wenn ein Strafantrag vom Verletzten nicht gestellt ist"[306].

Aus der AV des RJM von 1940 geht also hervor, daß ausschließlich strafrechtliche Zweckerwägungen die Verfolgung einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung trotz Fehlens eines Strafantrages zu rechtfertigen vermögen. Selbst unter den damaligen politischen Verhältnissen hat man offenbar nicht daran gedacht, durch die Neuformulierung des § 232 StGB politischen Zweckmäßigkeitserwägungen Eingang in das Strafverfahren zu verschaffen. Gleichwohl wird der Begriff des öffentlichen Interesses in § 232 Abs.1 StGB bis zum Zusammenbruch im Jahre 1945 auch ein Einfallstor für unsachgemäße Zweckerwägungen gewesen sein. In unserem heutigen Rechtsstaat verbietet es sich aber von selbst, aus außerstrafrechtlichen Erwägungen das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" gemäß § 232 Abs.1 StGB entweder zu bejahen oder zu verneinen.

---

303) Ebenso Rietzsch, a.a.O.; Schaefer (LK),a.a.O.

304) Ebenso RiStV Nr.252 Abs.3, Rietzsch, a.a.O.; Mühlhaus, JZ 1952,170; Schaefer (LK), a.a.O.: allgemein bei"schweren Folgen"; ebenso Schönke-Schröder,a.a.O.

305) Ebenso Rietzsch, DJ 1940,534

306) Ebenso Schönke-Schröder,a.a.O.; Mühlhaus,JZ 1952, 170: wenn Familienangehörige des Fahrers verletzt sind, für die er selbst unterhaltspflichtig ist,so würde der Staatsanwalt in der Regel von der Verfolgung absehen "müssen".
Vgl. auch RiStV Nr.241 Abs.1 S.3: "Andererseits kann auch der Umstand beachtlich sein, daß der Verletzte auf Bestrafung keinen Wert legt" oder "daß der Verletzte ein Angehöriger des Täters ist" (RiStV Nr.252 Abs.3 S.2).

So wird denn auch in der Literatur außer den bereits in der AV des RJM angeführten Überlegungen zum "besonderen öffentlichen Interesse" nur noch auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen: Die Verfolgung sei im besonderen öffentlichen Interesse regelmäßig dann geboten, wenn die Verletzung besonderer Berufspflichten in Frage steht, z.B. ein Verstoß gegen Arbeitsschutzvorschriften vorliegt[307]. Natürlich ist das Maß der Pflichtwidrigkeit mitbestimmend für die Höhe der Schuld. Auf Grund der Arbeitsschutzbestimmungen ergibt sich z.B. eine erhöhte Sorgfaltspflicht für den Unternehmer. Wird durch eine Verfehlung gegen eine solche Vorschrift eine Körperverletzung verschuldet, so läßt dieser Umstand eine sonst durchschnittliche Schuld schon erheblich erscheinen. Es ist aber zu beachten, daß hier bei dem "besonderen öffentlichen Interesse" die Schuld oder die Folgen der Tat "erheblich" über dem berechtigten Durchschnittsmaß liegen müssen, das im Hinblick auf das einfache "öffentliche Interesse"an der Verfolgung einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung gemäß § 376 StPO gebildet wurde[308]. Die Verletzung einer besonderen Berufspflicht muß also schon die Schuld des Täters "außerordentlich groß" machen, wenn die Verfolgung ohne Strafantrag berechtigt sein soll. Der Gesetzgeber von 1940 hat sich mit der Neufassung des § 232 Abs.1 StGB mit Recht von der Auffassung des Gesetzgebers von 1871 abgewandt, daß die Verletzung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht

---

307) Schaefer (LK),a.a.O.; Schönke-Schröder,a.a.O.; so schon Rietzsch, DJ 1940,534, der darauf abstellt, ob zugleich ein weiterer Straftatbestand gegeben ist.

308) Zu Unrecht meint Hellmuth von Weber, MDR 1963,169, daß alle Versuche, zwischen dem "öffentlichen Interesse" gemäß § 376 StPO und dem "besonderen öffentlichen Interesse" gemäß § 232 Abs.1 StGB zu unterscheiden, "Gedankenspielereien und praktisch unbrauchbar" seien.

immer auch ohne Strafantrag des Verletzten verfolgt werden muß[309]. Deshalb darf man nicht von dem alten Wortlaut des § 232 StGB ausgehen, wenn ein Verstoß gegen eine solche Pflicht in Frage kommt, sondern muß die Pflichtverletzung in jedem Einzelfall unter dem "besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung"sehen .

Ferner will man ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung dann annehmen, wenn die Verurteilung die Grundlage für die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde werden kann, z.B. Anlaß für die Entziehung einer gewerberechtlichen Erlaubnis gibt[310]. Eine solche Erwägung darf jedoch nicht, wie oben[311] erörtert, den Ausschlag für die Verfolgung geben. Entscheidend für das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" ist nur die außerordentliche Größe der Täterschuld oder der Tatfolgen. Diese ist letztlich auch Bedingung für eine verwaltungsrechtliche Maßnahme und nicht umgekehrt die Möglichkeit einer solchen Maßnahme ein Faktor für die Schwere der Verfehlung. Die Möglichkeit einer verwaltungsrechtlichen Maßnahme vermag höchstens einen Fingerzeig auf die Verletzung eines besonderen Pflichtenkreises des Täters zu geben.

Mühlhaus[312] meint, ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung liege nur vor, wenn der Täter "die Öffentlichkeit, d.h. andere Verkehrsteilnehmer erheblich verletzt, die ihm gegenüber als Teil der Öffentlichkeit auftreten, z.B. einen beliebigen Straßenbenützer". Wenn dagegen durch den Unfall lediglich Mitfahrer des Täters zu Schaden kämen, bestehe selbst bei erheblichem Verschulden

---

309) Vgl. Rietzsch, DJ 1940,533

310) Rietzsch, DJ 1940,534; Schönke-Schröder,a.a.O.; vgl. auch Schaefer (LK), a.a.O.

311) S. 193

312) JZ 1952,170

und schweren Folgen kein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, da die Gäste des Kraftfahrers diesem gegenüber nicht ein Teil der Öffentlichkeit seien.[313] Mühlhaus verwechselt hier die Verletzung des Publikums mit dem berechtigten öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung. Dieses kommt unmittelbar - der Verletzte zeigt ja, indem er keinen Strafantrag stellt, sein Desinteresse an der Verfolgung - durch die Schwere der Verfehlung zur Entstehung, gleichgültig, ob die Tat sich gegen einen Privaten oder gegen einen für den Täter zum Publikum gehörigen Menschen richtet.

Der Ansicht von Mühlhaus liegt der Gedanke zugrunde, man habe dem Umstand Rechnung zu tragen, daß der Verletzte auf die Bestrafung des Täters keinen Wert legt. Dies erachten auch die Richtlinien für das Strafverfahren in Nr. 241 Abs.1 S.3 für zulässig. Dem muß hier widersprochen werden. Der Gesetzgeber von 1871, der damals noch nicht die Entwicklung des Straßenverkehrs vorauszusehen vermochte, konnte es noch dem Willen des Verletzten überlassen, ob der Täter wegen einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung zur Rechenschaft gezogen wird. Infolge der ständig wachsenden Motorisierung ereigneten sich aber immer mehr Unfälle, bei denen die Kraftfahrer in gröbstem Leichtsinn schwere Körperverletzungen verursachten. In zunehmendem Maße gelang es solchen Fahrern bei den zivilrechtlichen Auseinandersetzungen, den Verletzten von der Stellung eines Strafantrages abzuhalten, indem

---

313) Mühlhaus will aber in einem solchen Fall u.a. dann anklagen, wenn der Verletzte Leistungen auf Grund der Sozialversicherung erhält. Dann sei ein besonderes öffentliches Interesse zu bejahen, weil davon Haftung und Rückgriffsansprüche der öffentlichen Versicherungsträger gem.§§ 899,903 RVO abhängen.Mühlhaus ist entgegenzuhalten, daß die Bestrafung der Verkehrsübertretung hier schon die gleiche Wirkung erzielen würde. Im übrigen darf das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nicht mit dem fiskalischen Interesse des Staates an der Durchsetzung von Rückgriffsansprüchen vermengt werden.

sie nicht selten hiervon die Leistung entsprechenden Schadensersatzes abhängig machten[314]. Das Reichsgericht versuchte deshalb die unbefriedigende Regelung des § 232 StGB (a.F.) durch eine ausdehnende Auslegung dieser Vorschrift zu korrigieren, indem es die Verletzung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht in Fällen annahm, wo man nur entfernt von einer solchen Pflichtverletzung sprechen konnte[315]. Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts stieß in der Lehre und bei den unteren Gerichten auf erhebliche Kritik, so daß sich schließlich der Gesetzgeber zu einer Änderung des § 232 StGB gezwungen sah[316]. Die Verordnung von 1940 beseitigte schließlich im Interesse einer gleichmäßigen und gerechten Strafverfolgung und nicht zuletzt im Interesse der Erziehung zur Verkehrsdisziplin die Prozeßvoraussetzung eines Strafantrages für die besonders gravierenden Fälle einer fahrlässigen und leichten vorsätzlichen Körperverletzung. Dabei sollte nicht lediglich ein "überwiegendes öffentliches Interesse" zur Verfolgung ohne Strafantrag berechtigen und verpflichten, sondern unabhängig von den Interessen des Verletzten nur das berechtigte Reaktionsbedürfnis der Allgemeinheit entscheidend sein, was die Formulierung "besonderes öffentliches Interesse" erweist. Hierdurch ist zum Ausdruck gebracht, daß ein einfaches öffentliches Interesse an der Bestrafung stets den Interessen des Verletzten an der Nichtverfolgung des Täters zu weichen hat, daß aber umgekehrt die Interessen des Verletzten gegenüber dem "besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung" immer zurücktreten müssen.

Der Gesetzgeber von 1940 hat also die Interessenlage zwischen dem Verletzten und der Allgemeinheit eindeutig schon durch das Gesetz geregelt und dem Rechtsanwender keine Ab-

---

314) Vgl. Rietzsch, DJ 1940,533

315) Vgl. Rietzsch, a.a.O. und die dort zitierte Rechtsprechung.

316) Vgl. Rietzsch, a.a.O.

wägung im Einzelfalle gestattet. Das gilt m.E. auch für den Fall, wo der Verletzte ein Angehöriger des Täters ist. Die AV des RJM von 1940[317] schließt offenbar aus dem Abs.2 des § 232 StGB, der dem verletzten Angehörigen gestattet, seinen Strafantrag wieder zurückzunehmen, daß "in der Regel, wenn der Verletzte ein Angehöriger des Täters ist, von der Strafverfolgung abgesehen werden könne". Durch die Rücknahme des Strafantrages nach § 232 Abs.2 StGB wird aber nur das einfache "öffentliche Interesse" an der Offizialverfolgung der Privatklagedelikte gemäß § 376 StPO berührt, denn insofern darf der Verletzte ausnahmsweise dem Offizialverfahren nachträglich noch die Prozeßvoraussetzung entziehen. Das "besondere öffentliche Interesse" nach § 232 Abs.1 StGB setzt jedoch einen so erheblichen Grad des Verschuldens oder so schwere Tatfolgen voraus, daß es objektiv nicht gerechtfertigt ist, dem Interesse des Verletzten Einfluß auf die Frage der Verfolgungspflicht einzuräumen, selbst wenn durch die Strafverfolgung der Unterhaltsanspruch der verletzten Angehörigen gefährdet sein sollte. Der Richter kann und muß einem solchen Umstand bei der Strafzumessung Rechnung tragen, indem er gegebenenfalls die Strafe zur Bewährung aussetzt. Dieser Umstand darf aber nicht schon den Erlaß eines Strafurteils verhindern. Zudem wäre der Übergang von der Nichtbestrafung zur Bestrafung hier besonders kraß. Wenn das Gesetz das Interesse des verletzten Angehörigen im Rahmen des "besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" hätte berücksichtigen lassen wollen, so hätte es hier eine ebensolche Ausnahmeregelung getroffen wie in Abs.2 des § 232 StGB für das einfache "öffentliche Interesse" gemäß § 376 StPO. Die Staatsanwaltschaft und das Gericht dürfen also nicht zwischen dem Interesse des verletzten Angehörigen und dem besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung abwägen.

---

317) Ebenso wahrscheinlich auch die nachfolgenden Autoren, vgl. oben Anm.306

Im übrigen sind alle Gesichtspunkte, die in der AV des RJM von 1940 aufgeführt sind, bei der Prüfung des "besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" zu beachten. Hierbei trifft der Staatsanwalt keine Wahlentscheidung, sondern er hat den Sachverhalt eindeutig unter den Begriff "besonderes öffentliches Interesse" gemäß § 232 Abs.1 StGB zu subsumieren, wie dies oben bei dem einfachen Begriff "öffentliches Interesse" zu § 376 StPO gezeigt wurde. Der Begriff "besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" in § 232 Abs.1 StGB ist also ein unbestimmter Rechtsbegriff[318], und zwar, entgegen einer neuerdings aufgetretenen Ansicht, ohne Beurteilungsspielraum[319]. Zur Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum ist im ersten Kapitel dieser Arbeit ausführlich Stellung genommen worden, so daß hier auf eine Argumentation gegen diese neuerliche Auffassung unter Hinweis auf die obigen Ausführungen[320] verzichtet werden kann. Die h.M. steht allerdings nach wie vor auf dem Standpunkt, daß es sich bei dem "besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung" gemäß § 376 StPO um einen Ermessensbegriff handelt[321].

---

318) Ebenso Karl-Heinz Vogel, NJW 1961,761; vgl. auch Schönke-Schröder, a.a.O.,§ 232 Anm.3

319) Für Beurteilunsspielraum Lüke, JuS 1961,211; Thierfelder, DVBl.1961,120

320) S. 67 ff.

321) Mühlhaus, JZ 1952,170; Kohlhaas, NJW 1954,1793; Oehler, JZ 1956,630; Görke, ZStrW 73 (1961),S.600; Sarstedt, Lö-Ro, § 376 Anm.2 b; RG,DR 1940, 1671; DR 1943,139; 77,72; OLG Köln, NJW 1952, 1307; OLG Stuttgart, Urt.v.20.6.1952, JR 1953,348; OLG Celle, NdsRpfl 1960,259; BGH, Beschl. v.26.5.1961, BGHSt 16,225

V.

Anklagezwang und Anklageermessen unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrechts

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 19.3.1959[322] die "bewegliche" Zuständigkeitsregelung des § 24 Abs.1 Nr.2 und 3 GVG entgegen den Bedenken von Oehler[323], Bockelmann[324] und Eb.Schmidt[325] für vereinbar mit Art.101 Abs.1 S.2 GG gehalten, weil der unbestimmte Begriff "besondere Bedeutung des Falles" in dieser Vorschrift verfassungskonform als unbestimmter Rechtsbegriff auszulegen ist und der vollen Nachprüfung durch das eröffnende Gericht gemäß § 209 Abs.1 StPO unterliegt. Mit dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht wieder einmal mehr einen recht unbestimmten Begriff, den man bisher für einen Ermessensbegriff gehalten hatte[326], für eindeutig objektivierbar angesehen[327]. Die Verfassungs-

---

322) BVerfGE 9,223 = JZ 1959,533 mit kritischer Anmerkung von Eb.Schmidt

323) ZStW 64 (1952), 297 ff.,302

324) GA 1957,S.357 ff. und NJW 1958,889 ff.

325) MDR 1958,722

326) Vgl. Nr.92 der Richtlinien für das Strafverfahren vom 1.8.1953, die nunmehr in der ab 1.4.1965 geltenden Fassung in Nr.92 der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung tragen.

Vgl. auch noch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts Eb.Schmidt, Lehrkommentar I,Randnr.560d und Anm.449e, der von der Unbestimmtheit des Begriffs "besondere Bedeutung des Falles" auf einen Ermessensspielraum schließt und deshalb die "bewegliche" Zuständigkeitsregelung gem.§ 24 Abs.1 Nr.2 GVG für verfassungswidrig hält.

327) Vgl. BVerfG,a.a.O.:"Der Begriff 'besondere Bedeutung' ist auch nicht so unbestimmt, daß er gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit verstieße oder gar unpraktikabel wäre".
a.A. ist Eb.Schmidt, JZ 1959,534, wenn er in seiner Anmerkung zum Urteil des BVerfG sagt, das Problem sei nunmehr verschoben worden, "denn es geht ja nun um die Frage, ob der Gesetzgeber mit einem so 'unbestimmten'

norm: "Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden", gebietet in der Tat zwingend, den Begriff "besondere Bedeutung des Falles" gemäß § 24 Abs.1 Nr.2 und 3 GVG als unbestimmten Rechtsbegriff zu qualifizieren, denn wenn die Staatsanwaltschaft oder das eröffnende Gericht (vgl. § 209 StPO) eine Wahlmöglichkeit bei der Beurteilung der "besonderen Bedeutung des Falles" hätte, wäre der zuständige Richter nicht mehr "gesetzlich" bestimmt, sondern durch die Organe der Strafrechtspflege bestimmt.

Art.101 Abs.1 S.2 GG zwingt aber nicht dazu, ebenso den Begriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" gemäß §§ 376,153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB als unbestimmten Rechtsbegriff auszulegen[328]. Jene Verfassungsnorm schreibt bloß vor, daß der zuständige Richter "gesetzlich" im Sinne des ius cogens bestimmt sein muß, nicht aber, daß immer auch "gesetzlich" bestimmt ist, wann das zuständige Gericht angerufen werden muß. Art. 101 Abs.1 S.2 GG verbietet also nicht ein Anklageermessen, und es liegt auch kein Verstoß gegen Art.101 GG vor, wenn die Staatsanwaltschaft entgegen dem Legalitätsprinzip die Anklage unterläßt[329].

Rechtsbegriff den ihm in Art.101 I S.2 GG erteilten Auftrag erfüllt hat".
Zweifelhaft kann sein, ob der Gesetzgeber nicht eine bessere Lösung hätte wählen können. Daß aber auch der Begriff "besondere Bedeutung des Falles" als unbestimmter Rechtsbegriff praktikabel ist, zeigt die sachgerechte Auslegung von F.-C.Schroeder, MDR 1965, 177 f.; vgl. ferner dazu Kröger, Diss.1962

328) Das muß hier klargestellt werden, weil das Urteil des BVerfG zu § 24 GVG für die Überprüfbarkeit des "besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" (§ 232 StGB) und damit offenbar auch für dessen Rechtsnatur als unbestimmter Rechtsbegriff angeführt wird; vgl. Schönke-Schröder,a.a.O.,§ 232 Anm.3; vgl. auch OLG Bremen, MDR 1961,168

329) a.A. Oehler, ZStrW 64(1952),S.302:"Der Staat darf nicht etwa aus politischen Gründen einen Menschen dem Gerichtsspruch überhaupt entziehen.Deshalb liegt eine unerlaubte Richterentziehung im Verstoß gegen

Untersucht man weiterhin die einschlägigen Verfassungsnormen, so kommt man gleichfalls zu dem Ergebnis, daß sich aus dem Grundgesetz nichts für die Qualifizierung des "öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" als unbestimmter Rechtsbegriff ergibt. Art.92 GG und Art.19 Abs.4 GG verlangen nur, daß ein unbestimmter Rechtsbegriff stets in vollem Umfang durch das angegangene Gericht überprüft werden muß, sagen aber nichts darüber, wann ein unbestimmter Rechtsbegriff vorliegt, in welchem Umfange also dem Gericht eine Rechtsprechungsaufgabe erwächst. Das Gericht kann auch eine ihm gemäß Art.92 GG vorbehaltene Rechtsprechungsaufgabe ermessensmäßig oder streng nach dem Gesetze lösen, ohne daß die Verfassungsvorschrift selbst eine Grenze hierzu setzte.

Art.103 Abs.2 GG garantiert nach h.M. nur, daß der materielle Straftatbestand "gesetzlich bestimmt" sein muß und nicht rückwirkend geändert werden darf[330]. Die Verfassungsnorm betrifft also alle normativen Tatbestandsmerkmale einschließlich der objektiven Strafbarkeitsbedingungen[331]. Die formellen Vorschriften über die Verfolgbarkeit werden dagegen nicht von dem Rückwirkungsverbot des Art.103 Abs.2 GG erfaßt[331], weshalb die h.M. u.a. die Verlängerung der Verjährungsfristen für zulässig erachtet[332]. Die Prozeßvoraussetzungen brauchen auch

---

das Gebot der Legalität, z.B. bei Einzelniederschlagung".

330) Nach h.M. müssen auch die Strafdrohungen "gesetzlich bestimmt" sein (Dürig in Maunz-Dürig,Grundgesetz, Art.103 Randnr.108 und die dort zit.gegensätzlichen Ansichten). Das kann aber nur für den Strafrahmen gelten, sonst würde für ein Ermessen des Strafrichters bei der Strafzumessung kein Raum mehr bleiben.

331) Dürig,a.a.O.,Art.103 Randnr.109

332) Vgl. BGH,NJW 1952,271; BGH Urt.v.22.4.1952,BGHSt 2, 300(306); BVerfG,Beschl.v.18.9.1952, BVerfGE 1,418 (423); Die Wiedereröffnung bereits abgelaufener Verjährungsfristen ist allerdings unzulässig, vgl. Calvelli-Adorno, NJW 1965,273 und die dort zitierten Autoren.

nicht immer "gesetzlich bestimmt" im Sinne des ius cogens zu sein, denn in Art.103 Abs.2 GG ist nicht davon die Rede, daß die Verfolgbarkeit, sondern daß die "Strafbarkeit gesetzlich bestimmt" sein muß. Art.103 Abs.2 GG steht also einem Anklageermessen nicht im Wege und die gesetzliche Regelung der Antrags- und Ermächtigungsdelikte, bei denen die Schaffung einer Prozeßvoraussetzung in das Belieben des Verletzten gestellt ist, kann ebenfalls nicht vom verfassungsrechtlichen Standpunkt angefochten werden.

Auch Art.2 Abs.2 S.3 GG und Art.104 Abs.1 S.1 GG, die gemeinsam garantieren, daß eine Freiheitsentziehung nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes erfolgen darf, zwingen nicht dazu, das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" als unbestimmten Rechtsbegriff auszulegen. Die Freiheit eines Bürgers wird auf Grund des materiellen Strafgesetzes entzogen, und nicht auf Grund der Tatsache, daß einmal Anklage erhoben ist. Das Verfassungsgebot der gesetzlichen Bestimmtheit eines Freiheitsentziehungstatbestandes hindert also den Gesetzgeber nicht, die Erhebung der Strafklage in das Belieben des Verletzten oder das pflichtmäßige Ermessen des Staatsanwalts zu stellen.

Nur wenn man das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" als normatives Tatbestandsmerkmal, das jedem einzelnen Deliktstatbestand in Gedanken hinzuzufügen ist, oder als objektive Strafbarkeitsbedingung auffassen würde, müßte der Begriff auch aus verfassungsrechtlichen Gründen als unbestimmter Rechtsbegriff ausgelegt werden. Man hat wiederholt darauf hingewiesen, daß durch die Bestimmung des § 153 StPO etwas in das Prozeßrecht hineingetragen worden ist, was nicht dorthin gehört, nämlich ein Stück materiellen Rechts[333]. Die materiellrechtliche Wirkung

---

333) Schon von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts,1892,S.268 sah die "Inopportunität" als "ganz allgemeinen Strafaufhebungsgrund" an. Aschrott, Entwurf, Kritisch besprochen, 1908,S.35 hielt das "öffentliche Interesse" in § 154 des Entwurfs I von 1908 für eine"Bedingung der Strafbarkeit". Birkmeyer, DJZ 1909,1049 ff. und Höpfner,GA 57(1910),S.278 ff.

des Fehlens eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hierbei eindeutig um ein Prozeßhindernis[334] handelt[335], gleichgültig, ob allein der Staatsanwalt oder der Richter oder beide zusammen dieses Prozeßhindernis feststellen müssen. Die §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, 232 Abs.1 StGB sprechen alle von einem öffentlichen Interesse an der "Verfolgung" und nicht von einer Bedingung der Strafbarkeit. Es heißt also nicht etwa: "Eine nicht geringfügige Bettelei wird mit Haft bestraft" (§ 361 Abs.1 Nr.4 StGB), sondern: "Eine Bettelei wird nicht verfolgt, wenn sie geringfügig ist". Das ist ein bedeutsamer Unterschied, denn bei der letzteren Formulierung ist im Gegensatz zu der ersteren der staatliche "Strafanspruch" wie bei allen Antrags- und Ermächtigungsdelikten mit Vollendung der Tat entstanden. Ob ferner auch ein staatlicher "Strafverfolgungsanspruch" besteht, hängt dann von der Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung im Zeitpunkt der Urteilsfällung ab.

Neuerdings ist bei dem Problem, wann der Gesetzgeber eine objektive Strafbarkeitsbedingung oder eine Prozeßvoraus-

---

u.a. wollten die Durchbrechung des generellen Anklagezwangs materiellrechtlich regeln, da es sich um eine Frage des materiellen Strafrechts handele. Hagemann, JR 1929,118 betrachtete denn auch § 153 Abs.1 StPO als eine materiellrechtliche Bestimmung. Vgl. neuerdings auch Gallas, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 5.Bd.,1958,S.105

334) Positiv formuliert ist das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" eine Prozeßvoraussetzung. Positive und negative Fassung bringen keinen Gegensatz zum Ausdruck, sondern beleuchten nur ein und dasselbe Sachverhältnis von verschiedenen Seiten. Deshalb sind auch Verfahrenshindernisse und Prozeßvoraussetzungen rechtlich gleich zu behandeln (Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung,Einl.6 B b; a.A.OGH NJW 1949,556)

335) Ebenso Heinitz,Festschr.f.Theodor Rittler,1957,S.336; zur Parallelität dieser Prozeß- und Sachentscheidung vgl. auch Peters, ZStrW 68 (1956),S.382

setzung schaffen muß[336], wieder der Gedanke aufgetaucht, die Strafwürdigkeit materiellrechtlich zu regeln. Gallas[337] kritisiert den § 153 StPO, weil er "ein Stück materiellen Rechts" darstelle. "Denn hier handelt es sich tatsächlich um Merkmale, die die Tat betreffen". Vorauf war er zu dem Ergebnis gekommen, daß "Umstände, die irgendwie die Tatbewertung betreffen, Bedingungen der Strafbarkeit sein müssen". Einen anderen Weg zur Frage der Verfolgbarkeit von geringfügigen Übertretungen geht der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962, der nur noch eine Unterteilung der Delikte in Verbrechen und Vergehen vorsieht (§ 12 E 1962). Die Mehrzahl der Übertretungen soll danach aus dem Kriminalstrafrecht ausgesondert und dem Ordnungswidrigkeitenrecht und damit dem Opportunitätsprinzip zugewiesen werden, wie dies seit Jahren gefordert wird[338]. Nur Übertretungen mit echtem kriminellem Unrechtsgehalt sollen in die Gruppe der Vergehen einbezogen werden. Aber auch bei dieser Regelung[339] taucht die Frage auf, ob § 153 Abs.2 StPO für Vergehen beibehalten werden oder an dessen Stelle eine materiellrechtliche Vorschrift treten soll[340].

---

336) Dieses Problem erscheint noch nicht befriedigend gelöst,vgl. die Begründung zum Entwurf 1962,S.269 und Stree, JuS 1965, 467 ff.

337) Niederschriften, 5.Bd.,1958,S.105 f.

338) Vgl. Eb.Schmidt,Lehrkommentar I,1.Aufl.1952,Rndnr.330; Henkel, Strafverfahrensrecht,1953,S.352; Kohlhaas,GA 1956,246 f.; Kern,Der Deutsche Rechtspfleger,1960,266

339) die zu Bedenken Anlaß gibt, wenn statt der bisher strikten Einstellungsvoraussetzungen "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen" das Opportunitätsprinzip gelten soll.

340) In der sogenannten DDR hat das Gesetz zur Ergänzung des Strafgesetzbuches vom 11.12.1957 (GBl.1957,S.643) durch § 42 den § 153 StPO außer Kraft gesetzt und in § 8 die Frage materiellrechtlich geregelt. Danach liegt "eine Straftat nicht vor, wenn die Handlung zwar dem Wortlaut eines gesetzlichen Tatbestandes entspricht, aber wegen ihrer Geringfügigkeit und mangels schädlicher Folgen für die DDR, dem sozialistischen Aufbau, den Interessen des werktätigen Volkes sowie des einzelnen Bürgers nicht gefährlich ist" (zit.nach Schürer, Diss.1965,S.109).

Die gesetzliche Entscheidung zwischen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung und einer Prozeßvoraussetzung kann offenbar nur nach teleologischen Gesichtspunkten getroffen werden, ob dem Gericht eine Sachentscheidung verwehrt werden soll oder nicht[341]. Danach müßte man für eine materiellrechtliche Lösung eintreten, denn das Gericht trifft ja bei der Einstellung wegen Geringfügigkeit eine Sachentscheidung darüber, daß der Täter sich einer Übertretung oder eines Vergehens schuldig gemacht hat, jedoch nicht zu bestrafen ist, weil seine Schuld gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Anderenfalls hätte das Gericht den Angeklagten freizusprechen oder zu verurteilen. Dennoch ist die prozessuale Lösung vorzuziehen. Sonst könnte man die Erwägungen, die sich aus einer gegenüber der Tatzeit veränderten Sachlage oder einer inzwischen eingetretenen Rechtsentwicklung ergeben, nicht mehr bei der Beurteilung der Verfehlung mit berücksichtigen[342]. Es ist aber sachgerecht, die Konsequenzen einer Tat im positiven wie im negativen Sinn, also z.B. die Verringerung der Tatfolgen durch Schadensersatz, andererseits die zunehmende Häufung eines Deliktes, in die Beurteilung der Verfolgungswürdigkeit einer Tat mit einzubeziehen.

Auch die neuerdings wieder vorgebrachte Ansicht, es sei besser, die Prozeßentscheidung nach § 153 Abs.3 StPO durch ein Urteil zu treffen, das ein Absehen von Strafe

---

341) So die Begründung zum Entwurf 1962, S.269. Außer der Anwendung des Art.103 Abs.2 GG auf die objektiven Strafbarkeitsbedingungen bestehen aber noch zahlreiche weitere Unterschiede zu den Prozeßvoraussetzungen (vgl. die Begründung zum Entwurf 1962, S.268 f.), so daß man auch diese in Erwägung ziehen muß.

342) Vgl. dazu das Urteil des BGH zur Bedeutungslosigkeit einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 7 Abs.3 OWiG, BGHSt 16, 399 (401)

enthielte[343], muß hier abgelehnt werden. Ohne die gleichzeitige Verurteilung des Angeklagten gibt es kein Absehen von Strafe. Das ist auch deutlich aus der Regelung des § 153a Abs.2 StPO zu erkennen. Nach erhobener Klage darf das Gericht in den Fällen, wo es von Strafe absehen kann, das Verfahren nur bis zum Beginn der Hauptverhandlung einstellen. In der Hauptverhandlung muß es den Angeklagten verurteilen, so es von Strafe absieht. Im Falle des § 153 Abs.3 StPO darf aber doch gerade nicht der Angeklagte verurteilt werden, denn bei geringer Schuld und unbedeutenden Folgen besteht überhaupt kein staatliches Strafklagerecht. Im übrigen wäre es verfehlt, bei Geringfügigkeit von Delikten generell das Absehen von Strafe einzuführen[344]. Das Absehen von Strafe ist ein Grenzfall der Strafzumessung, und als solcher verbietet er einmal, die unverschuldeten Folgen der Tat bei der Entscheidung mit zu berücksichtigen, zum anderen gebietet er, auch der positiven Spezialprävention Rechnung zu tragen. Beide Gesichtspunkte stehen dem berechtigten öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung entgegen[345]. Zudem müßte man dann auch die Einstellung

---

343) So Heinitz,a.a.O.,S.336,weil die Einstellung nach § 153 StPO das Verfahren beendet im Gegensatz zu sonstigen Prozeßentscheidungen dieser Art, die eine Fortentwicklung der Rechtslage bis zur Sachurteilsermöglichung enthalten.

344) Die seit dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1909 immer wieder diesbezüglich vorgeschlagenen Bestimmungen sahen ein Absehen von Strafe niemals generell, sondern nur bei bestimmten Delikten vor (vgl.Hertz, Diss.1935,S.80 ff.; Schürer, Diss.1965,S.38 f.). So lautete z.B. § 76 Abs.1 des Entwurfs eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927 folgendermaßen: "Wann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen kann, bestimmt das Gesetz besonders. Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Schuld des Täters so gering und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, daß kein Bedürfnis zu einer Bestrafung besteht". U.a. sollte das auch bei Körperverletzungen, Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung möglich sein, was angesichts der Tatsache, daß die Einstellungsbefugnis bei Privatklagedelikten gem.§ 383 Abs.2 S.1 StPO noch nicht bestand, verständlich war.

345) Vgl. oben S.135 ff., 150 ff.

von Übertretungen an die Zustimmung des Gerichtes binden (vgl. die Regelung des § 153a StPO), denn der Polizei und der Staatsanwaltschaft kann man nicht allein die Prognose, wann das Gericht von Strafe absehen wird, überlassen.

Es wäre noch zu erwägen, ob die Berücksichtigung von außerstrafrechtlichen Gesichtspunkten, die ja allein das "öffentliche Interesse" in den §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, 232 Abs.1 StGB zum Ermessensbegriff werden ließe, ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz gemäß Art.3 GG darstellt. Der Gleichheitssatz verbietet aber nur, daß wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird. Scheinbar gleiche Tatbestände können unter politischen Aspekten oder fiskalischen Gesichtspunkten sich sehr wohl als ungleich erweisen. Wenn ein Angehöriger der sowjetzonalen FDJ im Rahmen eines Austauschprogrammes Propagandamaterial in die Bundesrepublik mitbringt, so ist der Fall anders gelagert, als wenn ein Bewohner der Bundesrepublik staatsgefährdende Schriften verbreitet. Allerdings kommt de lege lata eine Einstellung des Verfahrens in dem einen wie in dem anderen Falle regelmäßig nicht in Betracht, da man bei Staatsschutzdelikten das berechtigte Durchschnittsmaß von Verfehlungen besonders niedrig ansetzen muß, so daß kaum eine Zuwiderhandlung als geringfügig im Sinne des § 153 StPO angesehen werden kann. De lege ferenda wäre es aber sachgerecht, der Staatsanwaltschaft in solchen Fällen die Befugnis zu erteilen, ein Verfahren wegen eines Staatsschutzdeliktes aus politischen Erwägungen, die sich angesichts der Teilung Deutschlands geradezu aufdrängen, zur Einstellung zu bringen[346]. Offenbar hat man sich nunmehr

---

346) Ebenso Lüttger, JZ 1964,569; vgl. auch Sax, JZ 1964,44; und Heyden, Diss.1961, S.100 f.;
a.A. Willms, Staatsschutz im Geiste der Verfassung, 1962; ders.,JZ 1965,96

weitgehend darauf geeinigt, das Legalitätsprinzip dahin einzuschränken, daß die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen eines Staatsschutzdeliktes einstellen "kann","wenn überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen".[347] Das Verfolgungsinteresse der Allgemeinheit könnte natürlich hier mit entgegenstehenden politischen Interessen nur ermessensmäßig abgewogen werden[348].

De lege lata sind politische Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Prüfung der Einstellungsvoraussetzungen nur zugelassen in den Fällen der §§ 153b und 154b StPO. Nach § 153b StPO kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung der im Ausland begangenen Taten nach ihrem Ermessen absehen. Dieses Ermessen wird mit Ausnahme der Ziff.3 des § 153b nicht durch einen unbestimmten Begriff näher eingegrenzt. Dennoch hat die Staatsanwaltschaft hier ihre Ermessensentscheidung "an den Gesichtspunkten des öffentlichen Interesses an der Ahndung der Tat auszurichten"[349], d.h.sie muß sich immer vor Augen halten, daß das nähere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung mangels Geringfügigkeit der Tat gemäß § 153 StPO eigentlich die Anklage gebietet. Sehr leicht kann aber die Verfolgung eines Auslandsdeliktes zu Konflikten mit dem Ausland führen,deren Tragweite im Einzelfall so groß sein kann, daß die Rücksichtnahme auf das allgemeine Wohl mehr die Unterlassung der Strafverfolgung als die Sühne für das begangene Unrecht fordert.U.a.aus diesem Grunde hat das Gesetz v.26.2.1876[350]den § 4 in das Strafgesetzbuch eingefügt[351],der in Abs.1 bestimmte,daß in der

---

347) Vgl. Lüttger, JZ 1964,573
348) Vgl. oben S. 36 f.

349) Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153b Erl.4
350) RGBl. S.25

351) Vgl. die Ausführungen des Abgeordneten Wolffson bei der Beratung der Novelle zum Strafgesetzbuch von 1876 im Pleum des Reichstags (Verhandlungen des Reichstages, 1875/76, Sten.Ber. S.1308). Vgl. auch die bei Eckert, Diss.1914, S.49 f. zitierten Autoren.

Regel wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen keine Verfolgung stattfindet, in Abs.2 aber der Staatsanwaltschaft die Ermächtigung zur Verfolgung bei zahlreichen besonders normierten Delikten erteilte. Die Geltungsbereichsverordnung vom 6.5.1940[352] hat dann mit der Einführung des Personalitätsgrundsatzes die fakultative Strafverfolgung auf alle Auslandsdelikte ausgedehnt. Die Staatsanwaltschaft als eine dem Justizministerium weisungsunterworfene Behörde hat also bei der Verfolgung von Auslandsdelikten das öffentliche Interesse im weiteren Sinne zu wahren[353], was natürlich nur ermessensmäßig geschehen kann. Auch bei § 154b StPO, der auf Grund des § 50 Nr.1 des deutschen Auslieferungsgesetzes vom 23.12.1929[354] in die Strafprozeßordnung aufgenommen wurde, können politische Zweckmäßigkeitserwägungen es rechtfertigen, einen Täter, der einer ausländischen Regierung ausgeliefert oder aus dem Geltungsbereich der Strafprozeßordnung ausgewiesen wird, im Inlande nicht mehr zur Rechenschaft zu ziehen[355].

Die Regelung des § 4 StGB (a.F.) und die nachfolgende Bestimmung des § 153b StPO ist aus dem weiteren Grunde getroffen worden, weil oft die Verfolgung von Auslandsdelikten besondere Schwierigkeiten, z.B. infolge der Abwesenheit des Beschuldigten oder der unentbehrlichen Zeugen, mit sich bringt[356], oder die Kosten der Verfolgung so hoch sind,

---

352) RGBl.I, S.754

353) Bei der Strafverfolgung von Ausländern wegen im Ausland begangener Straftaten muß deshalb immer die Weisung des Generalstaatsanwalts eingeholt werden (RiStV Nr.194).

354) RGBl.I, S.239

355) Die Auslieferung eines Deutschen ist nach Art.16 Abs.2 GG unstatthaft. Für die Auslieferung eines Nichtdeutschen vgl. § 4 Nr.3 DAG.

356) Vgl. Rietzsch, DJ 1940,566; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153b Anm.2

daß sie zu dem Interesse an der Bestrafung in keinem Verhältnis stehen[357]. Die Staatsanwaltschaft muß hier also pflichtgemäß die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Interesse an der Verfolgung und den entgegenstehenden fiskalischen oder prozeßökonomischen Interessen festlegen. Das ist eine typische Ermessensentscheidung.

In der Ziff.3 des § 153b StPO ist noch eine weitere Einstellungsbefugnis normiert, die offenbar erst dann zum Zuge kommt, wenn die vorerwähnten Gesichtspunkte im Einzelfall ohne Bedeutung sind. Dann kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung absehen, "wenn wegen der Tat im Ausland schon eine Strafe gegen den Beschuldigten vollstreckt worden ist und die im Inland zu erwartende Strafe nach Anrechnung der ausländischen nicht ins Gewicht fiele". Auch in den §§ 154 Abs.1, 154a Abs.1, 154b Abs.2 StPO stellt der Gesetzgeber für die Frage der Verfolgungswürdigkeit einer Tat darauf ab, ob die hierfür zu erwartende Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung "nicht ins Gewicht fällt" gegenüber einer bereits rechtskräftig verhängten oder noch zu erwartenden Strafe wegen einer anderen Tat.[358] Man könnte meinen, daß die Staatsanwaltschaft hier kein Ermessen ausüben darf, sondern eindeutig die Voraussetzung des "nicht-ins-Gewicht-Fallens" festzustellen hat[359]. Indes ist die Festsetzung einer Strafe oder einer Maßregel

---

357) Vgl. die Ausführungen des Abgeordneten Wolffson im Reichstagsplenum, Verhandlungen des Reichstages, 1875/76, Sten.Ber.,S.1308, sowie die bei Eckert,Diss. 1914,S.58 zitierten Autoren.
Ferner zu § 153b StPO,Lautz, Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission,1938,S.102

358) bzw. im Falle des § 154a wegen einzelner abtrennbarer Teile einer Tat oder einzelner von mehreren Gesetzesverletzungen.

359) So Görcke, ZStrW 73 (1961), S.600;
Sax, KMR, Einl. 3 II c

der Sicherung und Besserung eine Ermessensentscheidung. Dann kann auch die Prognose, ob eine zu erwartende Strafe "nicht ins Gewicht fällt", nur ermessensmäßig gestellt werden. Ebenso ist die Prognose im Falle des § 153a Abs.1 StPO, ob das Gericht von Strafe absehen wird, eine Ermessensentscheidung. Im Gegensatz zu den vorgenannten Bestimmungen ist die Staatsanwaltschaft aus gutem Grunde hier an die Zustimmung des Gerichtes gebunden, so daß letztlich das Gericht für die Einstellung des Verfahrens verantwortlich zeichnet[360].

In den Fällen der §§ 154 und 154a StPO trifft die Staatsanwaltschaft noch eine weitere Ermessensentscheidung, nachdem sie erst einmal ermessensmäßig abgewogen hat, ob eine ausscheidbare Handlung "nicht ins Gewicht fällt". Die §§ 154 und 154a StPO dienen der Abkürzung, Vereinfachung und Verbilligung des Verfahrens[361]. Dennoch darf die materielle Gerechtigkeit, daß der Täter wegen aller strafbaren Handlungen verurteilt wird, nicht außer Acht gelassen werden. Wenn also eine ausscheidbare Tat ohne größere Schwierigkeiten nachgewiesen werden kann, ist sie mit anzuklagen und abzuurteilen. In welchem Maße aber den Beweisschwierigkeiten gegenüber der materiellen Gerechtigkeit Rechnung zu tragen ist, hat der Gesetzgeber den Organen der Strafjustiz überlassen, da es unmöglich erscheint, hierfür eine generelle Regelung zu geben. Die Staatsanwaltschaft und - nach erhobener Anklage - das Gericht dürfen hier deshalb wählen, ob die materielle Gerechtigkeit oder prozeßökonomische Gesichtspunkte der unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll[362].

---

360) Vgl. oben S.99

361) Vgl. Kohlhaas, Lö-Ro, § 154 Anm.1

362) Es ist also auch nicht richtig, wenn Kieswo, a.a.O., § 154 Anm.5 und Schäfer-Hartung, a.a.O., § 154 Anm.4 bei § 154 StPO nur die "Zweckmäßigkeitserwägung" zulassen, ob die ausscheidbare Tat "nicht ins Gewicht fällt".

Wenn die Voraussetzungen des Abs.3 und 4 des § 154 StPO vorliegen, so muß die Staatsanwaltschaft nach h.M. trotz des Gesetzeswortlautes ("kann" in Abs.3 und 4) das Verfahren zur Herstellung der materiellen Gerechtigkeit wieder aufnehmen[363]. Dem ist für den Abs.3 ohne Einschränkung zuzustimmen; denn, wenn das Verfahren mit Rücksicht auf eine wegen einer anderen Tat bereits rechtskräftig erkannte Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung vorläufig eingestellt worden ist und diese rechtskräftig erkannte Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung nachträglich wegfällt, kommt ein Vergleich mit der zu erwartenden Strafe oder Maßnahme nicht mehr in Betracht und es greift wieder das Legalitätsprinzip nach § 152 Abs.2 StPO ein. Anders ist es im Falle des Abs.4 des § 154 StPO, wenn also die rechtskräftig erkannte Strafe für die angeklagten Straftaten unter den Erwartungen des Staatsanwalts geblieben ist. Dann hat der Staatsanwalt für die ausgeschiedene Tat unter Berücksichtigung aller Umstände in Gedanken eine Strafe auszuwerfen, wobei er bei der Umsetzung der Schuld in die schuldangemessene Strafe ebenso wie der Richter nach seiner Wahl einem der verschiedenen Strafzwecke den Vorzug geben kann. Fällt die solchermaßen ermittelte Strafe für die ausgeschiedene Tat zu der bereits rechtskräftig erkannten Strafe "ins Gewicht", was eindeutig festzustellen ist, so muß die Staatsanwaltschaft Anklage erheben. Da aber der letzteren Rechtsfrage eine Ermessensentscheidung vorausgeht, trifft der Staatsanwalt im Falle des Abs.4 des § 154 StPO insgesamt eine Ermessensentscheidung. Das gleiche gilt für den Fall des § 154a Abs.3 StPO, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt,

---

363) Niese, SJZ 1950,897/8; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 154 Erl.16; Müller, KMR, § 154 Anm.1b, der allerdings meint, die Staatsanwaltschaft dürfe erwägen, ob "die Wiederaufnahme wegen des nicht sehr erheblichen Delikts in Anbetracht der inzwischen verflossenen Zeit eine wesentliche Härte bedeuten würde".

daß ausgeschiedene Teile einer Tat oder ausgeschiedene Gesetzesverletzungen doch ins Gewicht fallen werden.

Rein fiskalische Zweckerwägungen dürfen bei der Einstellung des Verfahrens gemäß § 154d (vormals 154a) StPO den Ausschlag geben. Der Staatsanwalt kann hier dem Verletzten zur gerichtlichen Austragung einer Vorfrage, von der die Strafbarkeit eines Vergehens abhängt, eine Frist setzen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Verfahren einstellen. Diese Bestimmung ist durch die NotVO vom 6. 10.1931[364] in die Strafprozeßordnung eingefügt worden, um das Strafverfahren nicht als billigen Vorspann für ein Zivil- oder Verwaltungsverfahren mißbrauchen zu lassen.[365] Ist also eine "notwendige Vorfrage"[366], wie z.B. die Eigentumsfrage bei dem Verdacht einer Unterschlagung, zu beantworten, so darf der Staatsanwalt nach seinem Ermessen entscheiden, ob die Verfahrenskosten, die hierdurch hervorgerufen werden, außer Verhältnis zu der zu erwartenden Strafe stehen. Das wird in der Regel bei einer durchschnittlichen Verfehlung der Fall sein, wenn ein besonders teures Sachverständigengutachten für den Schuldnachweis erforderlich ist. Es ist aber hier der Wahl des Staatsanwaltes überlassen, ob er im Einzelfall das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung oder die entgegenstehenden fiskalischen Bedenken entscheidend sein lassen will. Das gleiche gilt für die entsprechende Befugnis des Gerichts, das Verfahren gemäß § 262 Abs.2 StPO bis zur Entscheidung eines Zivilgerichtes über die Vorfrage auszusetzen. Wenn die Schuld des Täters oder die Folgen der Tat über dem berech-

---

364) RGBl.I, S.1563

365) Vgl. Stratmann, Diss.1938,S.60 f.; Eb.Schmidt,Lehrkommentar II, § 154a Erl.3

366) Eb.Schmidt, a.a.O., § 154a Erl.4;
Kohlhaas, Lö-Ro, § 154a Anm.2

tigten Durchschnitt liegen, müssen m.E. jedoch finanzielle Erwägungen zurücktreten. Staatsanwaltschaft und Gericht haben im Strafverfahren selbständig alle Rechtsfragen und Tatfragen zu klären und können sogar nach Erlaß eines Zivil- oder Verwaltungsgerichtsurteils noch anders entscheiden. Die Organe der Strafjustiz dürfen sich also bei ihrer Entscheidung nicht von der Erwägung leiten lassen, daß abweichende Auffassungen der Zivil- und Strafgerichte nach Möglichkeit vermieden werden sollen, wie offenbar Kohlhaas meint[367]. Zudem besteht in der Regel gar keine Gefahr einer gegensätzlichen Entscheidung, da der Verletzte mit dem ungenutzten Ablauf der Frist zur Erhebung der Klage meist zu erkennen gibt, daß er auf eine Durchsetzung seiner Ansprüche verzichtet. Nun kann der Verletzte auch die Frist verstreichen lassen, weil ihm die Mittel für ein Streitverfahren fehlen. Dies hat der Staatsanwalt dann bei seiner Ermessensentscheidung mit zu berücksichtigen[368].

Eine weitere Opportunitätsvorschrift ist § 153c Abs.1 und 2 StPO. Nach Abs.1 kann der Generalbundesanwalt mit Zustimmung des Bundesgerichtshofes von der Verfolgung bestimmter Staatsschutzdelikte absehen, "wenn der Täter nach der Tat, bevor ihm deren Entdeckung bekannt geworden ist, dazu beigetragen hat, eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder die verfassungsmäßige Ordnung abzuwenden", oder "nach der Tat sein mit ihr zusammenhängendes Wissen über landesverräterische oder staatsgefährdende Bestrebungen offenbart hat". Die ratio dieser Bestimmung liegt darin, dem Täter einen Anreiz zu verschaffen, staatsgefährdende Machenschaften den Organen der Strafrechtspflege zur Kenntnis zu bringen[369]. Der Gesetzgeber hat

---

367) Lö-Ro, § 154a Anm.2
368) Vgl. Müller, KMR, § 154d Anm.4b
369) Vgl. Güde, MDR 1958, 285 f.

hier aber weder den Grad des geleisteten Beitrages[370], noch das Ausmaß der abgewendeten Gefahr bezeichnet, so daß es dem pflichtmäßigen Ermessen der Justizorgane überlassen ist zu entscheiden, welcher Grad der Gefahrenabwendung oder welcher Umfang des vermittelten Wissens über landesverräterische oder staatsgefährdende Bestrebungen geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung hintanzustellen. Auch im Abs.2 des § 153c StPO hat der Gesetzgeber offenbar bewußt nicht angegeben, inwieweit "die Durchführung des Verfahrens über die in der Tat selbst liegende Gefährdung hinaus die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigen" darf, um von einer Verhandlung der Sache besser Abstand zu nehmen. Je nach der Schwere der Täterschuld und Tatfolgen wird man eine größere oder geringere Beeinträchtigung der Sicherheit der Bundesrepublik zur Einstellung des Verfahrens verlangen müssen. Dies ist aber nur ermessensmäßig abzuwägen.[371] Im Rahmen des Begriffes "Beeinträchtigung der Sicherheit der Bundesrepublik" dürfen die Justizorgane demnach wählen, ob tatsächlich die Sicherheit der Bundesrepublik oder das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung der unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll[372]. Im Falle des Abs.1 des § 153c StPO müssen sie dagegen pflichtgemäß wählen, ob dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung oder dem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung von

---

370) Nach h.M. braucht der geleistete Beitrag nicht "wesentlich" zu sein (Kohlhaas, Lö-Ro, § 153c Anm.7; Müller, KMR, § 153c Anm.5 c 2)

371) Wenn Kohlhaas, Lö-Ro, § 153c Anm.10 abwägen will zwischen der Pflicht zur Strafverfolgung und der Pflicht zur Geheimniswahrung "je nach Überwiegen der Möglichkeit einer Neuentstehung einer Gefahr durch die Gerichtsverhandlung", so ist das zumindest mißverständlich, denn eine Gefahr wird mehr oder weniger immer durch die Verhandlung von geheimbedürftigen Tatsachen entstehen. Es kommt eben darauf an, bis zu welchem Grade eine solche Gefahr angesichts der Schwere der Tat in Kauf genommen werden muß.

372) Sax,KMR,Einl.3 II c hält dagegen den Begriff "Beeinträchtigung der Sicherheit der Bundesrepublik" für einen unbestimmten Rechtsbegriff.

staatsgefährdenden Umtrieben, welches mit der Nichtverfolgung der Tat gewahrt würde, im Einzelfall der Vorzug zu geben ist.

Nun steht in dieser Erörterung nur noch die Einstellungsmöglichkeit gemäß § 154c StPO aus. Danach "kann" die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung einer Tat, deren Offenbarung durch eine Nötigung oder Erpressung angedroht worden ist, absehen, "wenn nicht wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerläßlich ist". Diese Bestimmung ist durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28.6.1935[373] in die Strafprozeßordnung eingefügt worden. Damals hatte aber der letzte Halbsatz folgenden Wortlaut: "wenn sie nicht zur Sühne und zum Schutze der Volksgemeinschaft unerläßlich ist". Die nunmehr geltende Fassung stammt aus dem Gesetze zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Strafverfahrens vom 12.9.1950[374]. das im übrigen diese Bestimmung aufrechterhalten hat. § 154c beruht auf der Erwägung, daß die Allgemeinheit meist ein größeres Interesse an der Bestrafung des Erpressers als an der des Opfers hat, weil "die Tat des Erpressers nicht selten weit gefährlicher und niederträchtiger als die Tat des Erpreßten ist"[375]. Deshalb wollte man dem Erpressungsopfer eine "Prämie der Straflosigkeit"[376] dafür bieten, daß es durch eine Strafanzeige mithilft, den Erpresser zur Bestrafung zu bringen. Insgesamt sollte die Bestimmung dem Erpressertum das Handwerk erschweren. Leider hatte sie aber nicht den gewünschten Erfolg, wie man oft beklagt hat[377]. Das liegt jedoch an der Ungewißheit, mit der die Vorschrift

---

373) RGBl. I,S.844
374) BGBl. I,S.629

375) Amtliche Begründung aus dem Jahre 1935, abgedruckt bei Löwe-Hellweg-Rosenberg, Ergänzungsband, 19.Aufl. 1936, § 154b

376) Freisler, Jahrb.d.dt.Rechts, 1935, S.520

377) Willigmann, NJW 1955, 1747 f.; Schmöe, NJW 1956, 212 f.; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 154c Erl.2

gehandhabt wird. Bei der früheren Fassung mochte man immerhin der Staatsanwaltschaft einen Ermessensspielraum einräumen, ob die Verfolgung der Straftat des Erpressungsopfers "zum Schutze der Volksgemeinschaft unerläßlich ist"[378], denn es sollte hier offenbar nicht allein das öffentliche Interesse an der Verfolgung wegen der "Schwere der Tat" entscheidend sein. Damals hatte man aber schon die Vorschrift dahin ausgelegt, daß "unerläßlich" den "höchsten Grad der Notwendigkeit" bedeutet[379], daß also die Nichtverfolgung des Opfers die Regel, seine Verfolgung dagegen die Annahme bilden muß[380]. Bei der heute geltenden Fassung darf nur noch darauf abgestellt werden, ob "wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerläßlich ist", wobei mit der "Sühne" die Strafverfolgung der Tat gemeint ist[381]. Nun ist man offenbar der Meinung, der Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft beginne erst bei dem Wort "kann"[382], denn der Umstand, daß die Sühne nicht unerläßlich ist, verpflichte die Staatsanwaltschaft nicht zur Einstellung, sondern gebe ihr "nun freie Hand"[383]. Hier verkennt man aber den Willen des Gesetzgebers von 1950, der durch die Neufassung des § 154c StPO zum Ausdruck gebracht hat, daß nunmehr allein das öffentliche Interesse an der Verfolgung "wegen der Schwere der Tat" maßgebend sein soll für die Beurteilung der Verfolgungspflicht.

---

378) So Stratmann, Diss. 1938, S.69

379) Schlüter, JW 1935, 2332; ebenso Willigmann, NJW 1955, 1748; Kohlhaas, Lö-Ro, § 154c Anm.1

380) Schlüter, a.a.O.; Freisler, a.a.O.

381) Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 154c Erl.5; Müller, KMR, § 154c Anm.2b

382) So Morschbach, NJW 1956, 940; vgl. auch Willigmann, NJW 1955, 1748

383) So Kohlhaas, Lö-Ro, § 154c Anm.1; vgl. auch Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 154c Erl.6: "Verneinung der 'Schwere der Tat' braucht noch nicht zu bedeuten, daß nicht sonst ein öffentliches Interesse an der Verfolgung gegeben sein könnte".

Die "Unerläßlichkeit" der Strafverfolgung wegen der "Schwere der Tat" ist nichts anderes als ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Bestrafung des Erpressungsopfers, das noch einen höheren Grad besitzen muß als das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" gemäß § 232 Abs.1 StGB. Es ist allerdings nicht leicht, zu ermitteln, wie weit die Schuld des Täters oder die Folgen der Tat hier über dem berechtigten Durchschnitt gleichartiger Verfehlungen liegen müssen, um dieses gesteigerte öffentliche Interesse an der Verfolgung auf den Plan zu rufen. Die Amtliche Begründung des § 154c StPO aus dem Jahr 1935[384] meint, es würde "stets das Interesse der Volksgemeinschaft an der Bestrafung des Erpressers gegenüber dem Interesse an der Bestrafung des Erpreßten abzuwägen sein". Die Richtlinien für das Strafverfahren sagen in Nr.78 Abs.1 S.2: "Das Verfahren soll ... grundsätzlich nur eingestellt werden, wenn die Nötigung oder die Erpressung strafwürdiger ist als die Tat des Genötigten oder Erpreßten". Dagegen hatte schon Schlüter[385] bemerkt, "daß eine bloße Abwägung der Taten an sich dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht werden würde". Wenn § 154c StPO nicht zur Anwendung kommen dürfte, so die Tat des Opfers strafwürdiger erscheint als die des Erpressers, würde die Vorschrift für den Fall der Nötigung praktisch illusorisch sein, denn die Nötigung sei nur mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bedroht, während die Tat des Opfers meist unter einer schwereren Strafdrohung stehe, weil anderenfalls der Nötiger kaum mit einem Erfolg seiner Tat würde rechnen können. Mittlerweile ist zwar der Strafrahmen für die Nötigung erheblich vergrößert worden. Doch ist es richtig, daß man die konkreten Straftaten des Nötigers bzw. Erpressers und seines Opfers nicht zueinander in

---

384) Abgedr.bei Löwe-Hellweg-Rosenberg,a.a.O.,§ 154b

385) JW 1935,2332; ebenso Freisler,a.a.O.; Stratmann, Diss.1938,S.68; Schmöe, NJW 1956,212; vgl. auch Kohlhaas, Lö-Ro, § 154c Anm.1; Müller, KMR,§ 154c Anm.2 b

Vergleich setzen kann. Einmal darf die Tat des Opfers nicht verfolgt werden, wenn sie nur geringfügig über dem Durchschnitt liegt, aber dennoch strafwürdiger ist als eine durchschnittliche Nötigung. Zum anderen muß eine außerordentlich gravierende Tat des Opfers bestraft werden, auch wenn die Erpressung noch schwerwiegender erscheint.

In Vergleich setzen muß man aber das öffentliche Interesse am abstrakten Deliktstatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) und der Erpressung (§ 253 StGB) zu dem öffentlichen Interesse an dem abstrakten Straftatbestand, den das Opfer verwirklicht hat. Bei einer uneidlichen Falschaussage gemäß § 153 StGB wird man ein ebensolches Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung konstatieren können wie bei einer Erpressung. Dagegen ist das Reaktionsbedürfnis bei einer Begünstigung gemäß § 257 StGB noch geringer als bei einer Nötigung. Dies hat zur Folge, daß, um die "Unerläßlichkeit" der Strafverfolgung zu begründen, die Täterschuld oder die Tatfolgen bei einer uneidlichen Falschaussage nicht so hoch über dem berechtigten Durchschnitt vergleichbarer Verfehlungen liegen müssen wie bei einer Begünstigung. Bei einem Verbrechen hat die Rechtsgemeinschaft schon auf Grund der schwereren Strafdrohung ein größeres Interesse an der Strafverfolgung denn bei den Vergehen der Nötigung und Erpressung. Hier kann nur ausnahmsweise je nach dem öffentlichen Interesse am abstrakten Verbrechenstatbestand die Strafverfolgung nicht "unerläßlich" sein, sofern ein gesetzlicher Schuldminderungsgrund vorliegt. Dagegen hat selbst die schwerwiegendste Übertretung immer unverfolgt zu bleiben, da ihre Bestrafung im Vergleich zu einer Nötigung oder Erpressung niemals "unerläßlich" ist.

Im Einzelfall kann es natürlich äußerst schwierig sein, hier die richtige Entscheidung zu treffen. Dogmatisch stellt aber das Problem, ob "wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerläßlich ist" keine Ermessensfrage, sondern eine Rechtsfrage dar[386]. Die Staatsanwaltschaft hat hier

---

386) Ebenso Görcke, ZStrW 73(1961), S.600; Sax, KMR, Einl. 3 II c

keinerlei Wahlmöglichkeit, da der Gesetzgeber den Grad des öffentlichen Interesses, bei dem die Verfolgung stattfinden muß, im Gegensatz zu dem rechtspolitisch gleich gelagerten Fall des § 153c Abs.1 StPO selbst angegeben hat. So ist denn § 154c StPO entgegen der h.M. keine Opportunitätsbestimmung, sondern ein streng normierter Verzicht auf das staatliche Strafklagerecht.

Als Ergebnis dieses Kapitels ist festzuhalten: Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" in den §§ 376,153 Abs.1 und 2 StPO, 232 Abs.1 StGB ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die genannten Vorschriften geben auch sonst keinerlei Befugnis zu einer Ermessensentscheidung. Sie unterfallen deshalb dem modifizierten Legalitätsprinzip. Die weiteren Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153a ff.StPO stellen dagegen - mit Ausnahme der §§ 154 Abs.3, 154c StPO - Opportunitätsbestimmungen dar. Hier ist die Staatsanwaltschaft und gegebenenfalls das Gericht vom Gesetz dazu ermächtigt, im Rahmen des öffentlichen Interesses im weiteren Sinne zwischen dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung und den entgegenstehenden anderen öffentlichen Interessen nach pflichtgemäßem Ermessen zu wählen.

3. K a p i t e l

Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" als Prozeßvoraussetzung

I.

Die Verneinung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung im Vorverfahren

Wenn die Staatsanwaltschaft bei der Prüfung der Frage, ob sie in den Fällen der §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, 232 Abs.1 StGB zur Anklage verpflichtet ist, das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" zu Unrecht verneint, so stellt das für den Beschuldigten in der Regel eine höchst willkommene Gesetzesverletzung dar. Der Verletzte wird jedoch hierdurch nicht unerheblich in seinem Rechtsgefühl und Genugtuungsbedürfnis beeinträchtigt. Indes hat der Verletzte, nachdem mit der Einführung des Inquisitionsprozesses dessen Recht "auf Strafe" in das "Recht des Staates zur Strafe" übergegangen ist[1], keinen originären Anspruch mehr gegen den Staat auf Bestrafung des Täters[2]. Daran hat auch Art.19 Abs.4 GG nichts geändert. Das ist freilich nicht unwidersprochen geblieben.

Der Strafprozeßgesetzgeber von 1877 hatte in Erkenntnis seiner Justizgewährungspflicht dem Verletzten, der Strafantrag gestellt hat, generell die Möglichkeit gegeben, im Wege des Klageerzwingungsverfahrens gemäß § 172 StPO die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft durch das Oberlandesgericht

---

1) Vgl. oben S.103

2) Auch der Privatkläger hat keinen eigenen Strafanspruch, sondern darf nur nach seinem Belieben den "staatlichen Strafanspruch" geltend machen (Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, S.88 Anm.206).

überprüfen zu lassen. Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953[3] hat nun den Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 Abs.2 StPO für unzulässig erklärt, "wenn das Verfahren ausschließlich eine Übertretung oder ein Vergehen, das vom Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden kann, zum Gegenstand hat oder wenn die Staatsanwaltschaft nach § 153 Abs.2 oder § 153a Abs.1 von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen hat; dasselbe gilt in den Fällen der §§ 153b, 154 Abs.1, §§ 154b und 154c" (§ 172 Abs.2 S.3 StPO). Die Rechtsprechung nimmt zudem über die in § 172 Abs.2 S.3 StPO aufgeführten Ausnahmen hinaus alle diejenigen Fälle von dem Recht auf Klageerzwingung aus, in denen ein bestimmter Beschuldigter, gegen den die öffentliche Klage erhoben werden soll, vom Antragsteller nicht bezeichnet werden kann[4].

Gegen diese Rechtsprechung macht das Kammergericht in seinem Beschluß vom 7.6.1961[5] geltend, der Sinn des Art.19 Abs.4 GG sei, auch derartige Lücken zu schließen. Es könne "dahingestellt bleiben, ob und inwieweit aus der Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, 'wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten' (§ 152 Abs.2 StPO), dem durch eine Straftat Verletzten ein subjektives öffentliches Recht auf ein solches Einschreiten der Staatsanwaltschaft erwächst. Denn selbst wenn man nur einen sogenannten Rechtsreflex als gegeben annehmen wollte,so wäre auch dieses als ein 'Recht' im Sinne des weit auszulegenden Art. 19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes aufzufassen"[6].Diese Ver-

---

3) BGBl. I,S.735

4) OLG Celle, GA 1956,359; OLG München, NJW 1956,356; OLG Hamburg, NJW 1958, 34

5) JVBl 1962,20

6) Das KG verweist hierzu auf Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.19 Bem.VII 3 d

fassungsnorm sei der Anlaß für die Schaffung des Rechtsweges gegen Justizverwaltungsakte nach §§ 23 ff.EGGVG gewesen. Sie müsse daher als Richtschnur für die Auslegung dieser Bestimmungen dienen. Deshalb gibt das Kammergericht hier dem Verletzten den Rechtsweg nach §§ 23 ff.EGGVG gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft. Auch andere wollen,nachdem nun einmal die §§ 23 bis 30 EGGVG durch § 179 der Verwaltungsgerichtsordnung im Jahre 1960 eingeführt worden sind, die Verneinung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft im Verfahren nach §§ 23 ff.EGGVG vom Gericht überprüfen lassen[7].

Schon vor dem Kammergericht hatte das OLG Bremen in seinem Vorlegungsbeschluß vom 24.11.1960[8] die Meinung vertreten, das subjektive Recht des Verletzten werde durch die Feststellung des staatlichen Verfolgungsinteresses gemäß § 232 Abs.1 StGB beeinträchtigt. Das Strafantragsrecht enthalte nämlich begrifflich auch das subjektive Recht des Verletzten, dem Täter zu verzeihen und auf die Prozeßvoraussetzung für dessen Bestrafung zu verzichten[9]. Der Entzug der Verfügungsmacht über den Strafantrag stelle einen Eingriff dar, der grundsätzlich der richterlichen Überprüfung nach Art.19 Abs.4 GG unterliege. Der zur Entscheidung angerufene Bundesgerichtshof[10] hat jedoch die Auffassung des OLG Bremen mit dem Bemerken verworfen: "Daß Art.19 Abs.4 GG nicht selbst Rechte gewährt, sondern deren Existenz voraussetzt, ist allgemein anerkannt. Dasselbe gilt für § 23 Abs.1 EGGVG". Indes ist heute allgemein anerkannt, daß sich die Rechtsschutzgarantie "auch materiell auf den Umfang und die Handhabung des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts"

---

7) So Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1962, § 42 Bem. IV 3a, S.154; Thierfelder, NJW 1961, 1101; Altenhain, JVBl. 1960,194, der aber in JZ 1965,758 diese Meinung aufgegeben hat.

8) Leitsatz:NJW 1961,144; Gründe: MDR 1961,167

9) OLG Bremen, MDR 1961,168 unter Hinweis auf Mühlhaus, JZ 1952,170

10) Beschl. v.16.5.1961, BGHSt 16,225 (230)

auswirkt[11], was sich aus "dem rechtsstaatlichen Sinnzusammenhang dieser Vorschrift und vor allem ihrem ausgesprochenen Zweck eines umfassenden und lückenlosen Rechtsschutzes" ergibt[12]. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Rechtsreflex[13] des strafprozessualen Legalitätsprinzips für den Verletzten unter der Herrschaft des Grundgesetzes zu einem subjektiven Recht erstarkt ist, wobei nicht außer Acht gelassen werden darf, daß "heute die Vermutung für das subjektive öffentliche Recht spricht"[14].

Für die Unterscheidung der Reflexwirkungen des objektiven Rechts, die heute als subjektive öffentliche Rechte anzusehen sind, von denjenigen, die nach wie vor nur Rechtsreflexe sind, stellt die h.M. mit Recht darauf ab, "ob ein Rechtssatz - zwar nicht ausschließlich, aber auch - konkret bestimmbaren Individualinteressen zu dienen bestimmt ist"[15] oder "als rein tatsächliche, ungewollte und mehr oder minder zufällige Begünstigung" sich darstellt[16]. Wenn man das Legalitätsprinzip als Ausfluß der Justizgewährungspflicht des Staates betrachtet, kommt man leicht auf den Gedanken, die Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft gemäß § 152 Abs.2 StPO sei "auch" im Interesse des Verletzten geschaffen worden. Indes dient das Legalitätsprinzip in erster Linie einer gleichmäßigen und gerechten Strafverfolgung. Überdies kann hier nur entscheidend sein, ob die Bestrafung des Täters, also die Anwendung des Strafgesetzes, den Schutz der Allgemeinheit oder auch den Schutz des verletzten Ein-

---

11) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1961, S.172

12) Bachof, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.302

13) Zu der Terminologie "Rechtsreflex-Reflexrecht-objektivrechtlich geschützte Individualinteressen - subjektives öffentliches Recht" vgl. Dürig, in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.19 Abs.4 Randnr.34

14) Forsthoff,a.a.O.; ebenso Bachof,a.a.O.,S.303; Dürig, a.a.O., Randnr.37

15) Bachof, a.a.O.,S.296.
Vgl. ebenso Forsthoff,a.a.O.,S.174; Dürig,a.a.O., Randnr.36 cc ;
BVerwGE 2,290; 3,362; BayVGHE 5,119 ff.

zelinteresses bezweckt. Durch die hinterher eintretende Bestrafung kann aber das bereits verletzte Einzelinteresse nicht mehr geschützt werden. "Schutz gewährt die Bestrafung nur gegen künftige Interessenverletzungen, und nicht bloß dem diesmal Verletzten, sondern allen möglichen Trägern eines Interesses von der Art des verletzten, also der Allgemeinheit"[17]. Der Verpflichtung der Justizorgane, den Täter nach dem Gesetz der Bestrafung zuzuführen, steht also die Allgemeinheit als berechtigt gegenüber. Auf den diesmal Verletzten entfällt nur ein Rechtsreflex. Das gilt auch dort, wo das Strafgesetz sich offenbar nur auf die Verletzung der Einzelinteressen bezieht. "Das Strafgesetz bezweckt stets ... den Schutz der Allgemeinheit; denn sein Schutz gilt nicht einzelnen Personen, sondern jedem möglichen Träger des Interesses"[17].

Der "Justizgewährungspflicht" des Staates im Sinne von Eb. Schmidt entspricht also nicht ein subjektiv öffentliches Recht des Verletzten im Sinne des Art.19 Abs.4 GG. Nur soweit der Gesetzgeber seiner Justizgewährungspflicht genügen will und dem Verletzten im Strafverfahren eine Beteiligtenstellung, z.B. nach § 172 StPO, einräumt, hat dieser ein subjektives öffentliches Recht gemäß Art.19 Abs.4 GG, in dem er verletzt sein könnte. Wenn der Gesetzgeber im Falle des § 232 Abs.1 StGB dem Verletzten die Verfügungsmacht über die Strafklage, soweit ein "besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" besteht, genommen und überdies bei Privatklagedelikten das Klageerzwingungsverfahren ausgeschlossen hat, so steht dem Verletzten gegen die Einstellungsverfügung mithin nicht der Rechtsweg nach Art.19 Abs.4 GG offen. Deshalb greift auch das Verfahren nach §§ 23 ff.EGGVG, das nur eine prozessuale Ausgestaltung des Art.19 Abs.4 GG darstellt, neben dem Klageerzwingungsverfahren nicht Platz; denn die gerichtliche Nachprüfung der Einstellungsverfügung ist in § 172 StPO abschließend

---

16) Bachof, a.a.O.,S.299
17) Höpfner, GA 57 (1910), S.282

geregelt[18].

Hellmuth Mayer[19] hat allerdings gegen die Neufassung des § 172 Abs.2 StPO durch das dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Er meint, aus den §§ 395,403 ff.StPO ergebe sich, daß das positive Prozeßrecht dem Verletzten "wenigstens ein eigenes prozessuales Strafklagerecht" zugestehe, wenn man schon den Gedanken ablehne, "daß der Verletzte Mitberechtigter des materiellen staatlichen Strafanspruchs ist". Bezüglich dieses prozessualen Anspruchs dürfe dem Verletzten nicht das Recht auf richterliches Gehör gemäß Art.103 Abs.1 GG genommen werden, wie dies § 172 Abs.2 S.3 StPO tue. Hierzu ist zu sagen: Dem Gesetzgeber muß es unbenommen bleiben, ein Recht, das erst durch dessen Wohltat zu einem subjektiv öffentlichen Recht wird, wieder zu beschneiden[20]. Zudem geben die §§ 430 ff. StPO dem Verletzten nur eine Beteiligungsbefugnis hinsichtlich seiner zivilrechtlichen Ansprüche, welche mit einem "prozessualen Strafklagerecht" nichts zu tun hat. Im übrigen wird das Privatklagerecht, das der Verletzte bei einem

---

18) h.M.Kaiser, NJW 1961,201; Altenhain, JZ 1965,758; Schäfer, Lö-Ro,Einl.S.60; Schwarz-Kleinknecht,Strafprozeßordnung, § 23 EGGVG Anm.1 A; BGH 16,225(230) OLG Hamm, Beschl.v.5.2.1964 und 2.3.1964 - 1 VAs 4 und 13/64 (zit. bei Altenhain, DRiZ 1964,298 Fußnote 13); OLG Celle, Beschl.v.1.6.1961 - 3 VAs 5/61; OLG Hamm,Beschl. v.13.4.1965 - 1 VAs 37/65 (zit. bei Altenhain, JZ 1965, 758 Fußnote 16)

19) JZ 1955, 604

20) Das BVerfG hat zwar in seinem Beschluß vom 23.10.1962 (BVerfGE 14,20) festgestellt, daß ein Verstoß gegen Art.103 Abs.1 GG vorliegt, wenn das Gericht das Verfahren gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellt, bevor es über den Antrag des Nebenklägers auf Zulassung zum Verfahren entschieden hat (vgl. nunmehr die entsprechende Neufassung des § 396 Abs.2 S.2 StPO). Zu diesem Ergebnis konnte es aber nur kommen, weil die Strafprozeßordnung nirgendwo das Beteiligungsrecht des Nebenklägers bei Fällen von geringer Bedeutung ausgeschlossen hat. Würde das Gesetz dem Nebenkläger in solchen Fällen das Beteiligungsrecht entziehen - was natürlich aus rechtsstaatlichen Erwägungen abwegig, aber immerhin doch mit der Verfassung vereinbar wäre -,so könnte das Gericht das Verfahren einstellen, ohne den Nebenkläger vorher anzuhören.

ideell konkurrierenden Offizialdelikt als Nebenkläger gemäß § 395 StPO ausüben kann, durch die unkontrollierbare Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft nach § 153 Abs.2 StPO nicht beschränkt. Entgegengesetzter Auffassung ist jedoch Mayer, der insbesondere von daher zu seinen verfassungsrechtlichen Bedenken gelangt. Er meint, das Gericht müsse gemäß § 389 StPO auch dann ein Privatklageverfahren einstellen, wenn nicht ein endgültiges Verfahrenshindernis hinsichtlich des ideell konkurrierenden Offizialdelikts besteht. Ein endgültiges Verfahrenshindernis würde aber nicht durch die Einstellung nach § 153 Abs.2 StPO geschaffen. Folglich könne der Verletzte dann nicht mehr Privatklage erheben, wenn das ideell konkurrierende Offizialdelikt gemäß § 153 Abs.2 StPO eingestellt worden sei[21].

Zunächst muß hierzu bedacht werden, daß der Fall anders liegt, als wenn die Staatsanwaltschaft ein ideell konkurrierendes Offizialdelikt nach § 170 Abs.2 StPO einstellt. Der Verletzte ist dann nicht gehindert, Privatklage zu erheben[22]; denn es besteht insofern kein hinreichender Tatverdacht für das Offizialdelikt. Allerdings ist der Privatklagerichter nicht an die vorangegangene Verneinung des hinreichenden Tatverdachtes durch die Staatsanwaltschaft gebunden[23], sondern muß nach pflichtmäßiger Prüfung gegebenenfalls das Privatklageverfahren gemäß § 389 einstellen und der Staatsanwaltschaft Mitteilung machen. Teilt der Staatsanwalt nicht die Ansicht des Gerichts, so kann er vom Verletzten im Verfahren nach § 172 StPO zur Anklage gezwungen werden, denn § 172 Abs.2 S.3 StPO schließt die Klageerzwin-

---

21) Mayer,JZ 1955,603: offenbar ebenso Reitberger,NJW 1963, 2261

22) selbst dann nicht, wenn hinsichtlich des Offizialdeliktes beschränkter Strafklageverbrauch nach § 174 Abs.2 StPO eingetreten ist, so OLG Celle,NdsRpfl.1963,258.

23) OLG Neustadt, MDR 1961,955; Schwarz-Kleinknecht,a.a.O, § 383 StPO Anm.2B

gung nur aus, wenn das Verfahren "ausschließlich" ein Vergehen, das vom Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden kann, zum Gegenstand hat. Nach richtiger Ansicht des OLG Koblenz[24] darf das Oberlandesgericht dann aber nicht in eine sachliche Nachprüfung des sich auf das Privatklagevergehen beziehenden Tatvorwurfs eintreten, wenn nach Auffassung des Gerichts kein "genügender Anlaß" zur Klageerhebung wegen des Offizialdeliktes besteht, da nunmehr das Verfahren "ausschließlich" wieder ein Privatklagevergehen betrifft.

Mayer ist auch zuzugeben, daß die Einstellung gemäß § 153 Abs.2 StPO kein endgültiges Verfahrenshindernis schafft. Daraus ist jedoch nicht der Schluß zu ziehen, daß der Richter den Täter wegen des ideell konkurrierenden Privatklagedeliktes nicht verurteilen darf, weil nach h.M. ein Sachurteil unterbleiben muß, solange ein Verfahrenshindernis,das der Aburteilung einer mitangeklagten Tat entgegensteht, noch behoben werden kann[25]. Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung erfährt in der Strafprozeßordnung eine andere Behandlung als die anderen Verfahrensvoraussetzungen. Das zeigt ein Blick auf den Einstellungsbeschluß des Gerichts gemäß § 153 Abs.3 StPO. Hier entscheidet das Gericht im Hauptverfahren abschließend über das Prozeßhindernis der Geringfügigkeit der Tat[26], obwohl eine Woche später die Sache ganz anders aussehen könnte, wenn sich inzwischen gleichartige Verfehlungen gehäuft haben oder neue Tatsachen und Beweismittel für die Annahme eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung aufgetaucht sind. Es geht nicht an, daß der Richter das Verfahren hier solange in der Schwebe halten dürfte, weil sich bis zum Abschluß der Verjährungsfrist noch ein öffentliches Interesse an der Bestrafung herausstellen und somit ein Verfahrenshindernis noch behoben werden könnte. Auch die h.M.spricht

---

24) NJW 1960,734
25) Vgl. unten S.276 ff.
26) Vgl. unten S.338 ff.

dem Einstellungsbeschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO materielle Rechtskraftwirkung zu, insoweit die Schuld als gering und die Folgen der Tat als unbedeutend bewertet wurden[27]. Warum sollte dann der Privatklagerichter nicht ebenso abschließend im Privatklageverfahren über die Geringfügigkeit eines ideell konkurrierenden Offizialdeliktes entscheiden können, wenn dieses zuvor gemäß § 153 Abs.1 oder Abs.2 StPO eingestellt worden ist? Der Privatklagerichter hat im nachfolgenden Privatklageverfahren bis zum Erlaß des Urteils stets mit zu prüfen, ob nicht doch entgegen der ursprünglichen Annahme ein öffentliches Interesse an der Bestrafung des tateinheitlichen Offizialdeliktes besteht[28]. Gegebenenfalls muß er dann das Privatklageverfahren durch Urteil gemäß § 389 Abs.1 StPO einstellen und die Verhandlungen der Staatsanwaltschaft mitteilen (§ 389 Abs.2 StPO). Diese Mitteilung stellt eine Rücknahme der Zustimmung zur Einstellung nach § 153 Abs.2 StPO dar. Ebenso wie der Staatsanwalt trotz der Zustimmung des Richters zur Einstellung gemäß § 153 Abs.2 StPO noch die öffentliche Klage erheben kann[29], darf der Richter die Zustimmung zur Einstellung wieder entziehen, wenn er inzwischen zu einer besseren Erkenntnis gelangt ist. Das hat zur Folge, daß der Staatsanwalt nunmehr wieder zur Anklage verpflichtet ist, wozu er vom Verletzten im Verfahren nach § 172 Abs.2 S.1 StPO gezwungen werden kann.

Trifft das Privatklagedelikt tateinheitlich mit einer Übertretung zusammen, so steht dem Verletzten ebenfalls das Klageerzwingungsverfahren offen, wenn der Staatsanwalt nicht der gleichen Auffassung wie der Privatklagerichter

---

27) Vgl. unten S.339 f.

28) Ohne staatsanwaltschaftliches Vorverfahren darf der Privatklagerichter aber nicht endgültig über die Geringfügigkeit des ideell konkurrierenden Offizialdelikts mit entscheiden (vgl. § 389 Abs.1 StPO).

29) Nagler, GS 90 (1924),S.425; Bumke, a.a.O., S.75 Anm.17; Kiesow, a.a.O., § 153 Anm.7; Schäfer-Hartung, a.a.O., § 153 Anm.4

ist. Das Verfahren betrifft hier nämlich nicht "ausschließlich" eine Übertretung, und außerdem kann das Privatklagevergehen wegen des Einstellungsurteils gemäß § 389 Abs.1 StPO vom Verletzten nicht im Wege der Privatkkage verfolgt werden, wie § 172 Abs.2 S.3 StPO für den Ausschluß des Klageerzwingungsverfahrens voraussetzt. Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 hat somit den Verletzten durch die Neufassung des § 172 Abs.2 StPO nicht in seinem Privatklagerecht beschränkt. Der Verletzte kann ohne weiteres noch Privatklage erheben, wenn das Verfahren wegen des tateinheitlichen Offizialdeliktes gemäß § 153 Abs.1[30] oder nach § 153 Abs.2 StPO[31] eingestellt worden ist. Im übrigen kann er sogar noch Privatklage erheben, wenn der Richter das Offizialverfahren durch Gerichtsbeschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO eingestellt hat[32]. Die verfassungsrechtlichen Bedenken Mayers gegen den Ausschluß des Klageerzwingungsverfahrens in den Fällen des § 172 Abs.2 S.3 StPO greifen daher in keiner Weise durch[33].

Bis zu der Neufassung des § 172 Abs.2 StPO war es strittig, ob u.a. in den Fällen der §§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, § 232 Abs.1 StGB ein Klageerzwingungsverfahren stattfinden durfte oder nicht[34]. Der Streit wirkt heute noch fort für

---

30) Vor der Neufassung des § 172 Abs.2 StPO vgl.OLG Schleswig, Beschl.v.11.12.1952, SchlHA 1953,72, das mangels Rechtsschutzbedürfnisses für das Klageerzwingungsverfahren wegen einer tateinheitlichen Übertretung den Verletzten auf den Privatklageweg verweist.
Nach der Neufassung des § 172 Abs.2 StPO ebenso KG, DAR 1956,194

31) Eb.Schmidt, Lehrkommentar II,§ 376 Erl.5; Farstedt, Lö-Ro, § 376 Anm.5; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 376 Anm.5

32) Vgl. unten S.288 f.

33) Im Ergebnis ebenso Kohlhaas, Lö-Ro, § 172 Anm.15a; Müller, KMR, § 172 Anm.6

34) Wenn man heute in diesen Fällen teilweise die förmliche Beschwerde nach § 172 Abs.1 StPO als überflüssig ausschließen und nur die unbefristete Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft zulassen will, so betrifft das nicht jenen

die Frage, inwieweit der Verletzte die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft gemäß § 154d StPO (vormals § 154a) im Klageerzwingungsverfahren durch das Oberlandesgericht überprüfen lassen kann. § 154d StPO, der die Einstellung des Verfahrens bei einer notwendigen Vorfrage, die im Streitverfahren entschieden werden kann, ermöglicht, ist nämlich die einzige Einstellungsbefugnis, die im Jahre 1953 nicht von der Überprüfung im Klageerzwingungsverfahren ausgeschlossen worden ist[35]. Um den richtigen Ausgangspunkt für die Bestimmung des Umfangs der hier noch möglichen Nachprüfung durch das Oberlandesgericht zu gewinnen, ist es notwendig, den damaligen Streitstand kurz zu erörtern. Zudem wirft die damalige Auseinandersetzung ein bezeichnendes Licht auf die verschiedenen Auffassungen von der Rechtsnatur des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung, wobei allerdings nicht übersehen werden darf, daß manche die Geringfügigkeit der Schuld und der Folgen gemäß § 153 StPO für eine Ermessensfrage hielten und gleichwohl diese Frage im Klageerzwingungsverfahren überprüfen lassen wollten[36]. Außerdem scheint der Gesetzgeber auf Grund der seinerzeitigen Erörterungen nicht ganz zutreffende Vorstellungen über das Wesen des Klageerzwingungsverfahrens gewonnen zu haben, als er sich dazu entschloß, die Klageerzwingung für die vermeintli-

---

Streitpunkt. Eine solche Auffassung beruht auf der mangelnden Unterscheidung zwischen einer Dienstaufsichtsbeschwerde und einer Sachbeschwerde (vgl. Lueder, MDR 1960, 189). Die sachliche Nachprüfung der Einstellungsverfügung durch den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft erscheint aber in den vorgenannten Fällen besonders dringend. Deshalb muß neben der unbefristeten Dienstaufsichtsbeschwerde hier auch die befristete Sachbeschwerde statthaft sein, denn der Abs.2 des § 172 StPO grenzt nicht die Befugnis zur förmlichen Beschwerde nach Abs.1 ein (ebenso Lueder, a.a.O.).

35) Außerdem ist heute der neu eingefügte § 154a StPO nicht in § 172 Abs.2 S.3 StPO aufgeführt. Das stellt aber m.E. nur ein Versehen des StPÄG von 1964 dar. Analog zu dem gleichgelagerten Fall des § 154 StPO ist hier die Klageerzwingung ebenfalls versagt.

36) So z.B. Niese, SJZ 1950, 895

chen und die tatsächlichen Opportunitätsentscheidungen der Staatsanwaltschaft zu versagen. Man sollte sich daher überlegen, den Satz 3 des § 172 Abs.2 StPO wieder zu streichen.

Die Reichsstrafprozeßordnung von 1877 hatte hinsichtlich des modifizierten Legalitätsprinzips gemäß § 376 StPO und des Anklageermessens gemäß § 4 Abs.2 RStGB keine ausdrückliche Regelung für das Klageerzwingungsverfahren getroffen. In den Materialien zur Strafprozeßordnung finden sich, soweit ersichtlich, hierzu nur die Ausführungen des Bundesratskommissars Oehlschläger und des Abgeordneten Lasker in der zweiten Lesung der Strafprozeßordnung im Reichstage im Jahre 1876. Oehlschläger bemerkt[37]: "Auch wird, wie ich glaube, ein Bedürfnis nicht anerkannt werden, ... (das Klageerzwingungsverfahren) auf diejenigen Delikte zu erstrecken, in Ansehung deren bereits eine Privatklage gegeben ist, denn dort ist ja nach einer anderen Richtung hin ein Aushilfsmittel gegeben". Zu den Fällen des § 4 Abs.2 RStGB meint Oehlschläger:"Dort nämlich ist ausdrücklich der Staatsanwaltschaft das Ermessen über die Erhebung einer Anklage wegen eines im Ausland begangenen Deliktes zugewiesen. Sie würden, wenn Sie derartige Delikte hier nicht ausnehmen wollten, fortan das Ermessen über die Erhebung der Anklage in die Hand der Gerichte legen"[38]. Den Ausführungen von Oehlschläger stimmte der Abgeordnete Lasker vollinhaltlich zu[39]. Auf Grund jener persönlich vorgetragenen Auffassungen hat man den gewichtigen Schluß gezogen, das Klageerzwingungsverfahren diene nur der Sicherung des Legalitätsprinzips[40].

---

37) Hahn, Materialien, S.1850/490

38) Aus dieser unterschiedlichen Argumentation wird übrigens wiederum ersichtlich, daß der Gesetzgeber von 1877 den § 376 StPO nicht als eine Ermessensermächtigung aufgefaßt hat.

39) Hahn, Materialien, S.1851/491

40) So Löwe in einer der früheren Auflagen seines Kommentars zur Strafprozeßordnung,Anm.4 zu § 170,zit. bei H.Mayer, JZ 1955,602. Löwe war jedoch in den ersten Auflagen noch anderer Ansicht, wie aus Isenbart-Samter, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich,1893,Anm.zu § 416 StPO

Bei diesem folgenschweren Irrtum hat man m.E. den Sinn und Zweck des Legalitätsprinzips und des Klageerzwingungsverfahrens verkannt. Das Legalitätsprinzip dient nicht sich selbst, sondern nur der Legalität im Strafverfahren. Ebenso ist das Klgeerzwingungsverfahren nicht um des Legalitätsprinzipes willen, sondern zur Sicherung der Legalität im Strafverfahren eingeführt worden. Die Legalität wird aber nicht nur in den Fällen des Legalitätsprinzips und des modifizierten Legalitätsprinzips, sondern auch in den Fällen des Anklageermessens betroffen. Und hier stellt sich die Frage der Legalität nicht nur bei der Prüfung des Sachverhalts gemäß § 152 Abs.2 und § 170 Abs.1 StPO, ob also"genügender Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage besteht, sondern auch insofern, ob die Staatsanwaltschaft von ihrem Ermessen in einer dem Sinn und Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat, ob also keine Ermessensfehler unterlaufen sind, die sich als entscheidend für die Unterlassung der Anklage herausstellen[41]. Das Oberlandesgericht setzt schließlich nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Staatsanwaltschaft, wenn es die Rechtsfragen der Ermessensüberschreitung und des Ermessensfehlgebrauchs prüft. Der Gesetzgeber um 1877 wollte aber nur ausschließen, daß das Oberlandesgericht im Klageerzwingungsverfahren sein Ermessen an die Stelle des Anklageermessens der Staatsanwaltschaft setzt[42]. Anders können die Bemerkungen Oehlschlägers im Reichstage sinnvoller Weise nicht verstanden werden.

---

hervorgeht. Die Meinung von Löwe ist leider zu einem fast unbesehenen Schlagwort geworden; dagegen auch H.Mayer, JZ 1955,602 f.

41) Wenn Albrecht Weber, Diss.1953,S.54 ff.,68,100 zu dem gleichen Ergebnis auf Grund des Art.19 Abs.4 GG gelangt, so kann ihm insoweit nicht gefolgt werden.Durch Art.19 Abs.4 GG wird nur eine gerichtliche Nachprüfung der Grenzen des Ermessens garantiert, wenn dem Verletzten eine Beteiligtenstellung durch das positive Verfahrensrecht eingeräumt wird. Nur die sachgerechte Auslegung des § 172 StPO vermag eine solche Beteiligtenstellung in bezug auf die richtige Ausübung des Anklageermessens zu begründen.

42) Deshalb ist es auch falsch, wenn Niese, SJZ 1950,895 die Geringfügigkeit von Schuld und Folgen in vollem Umfang durch das Oberlandesgericht im Klageerzwingungs-

Wenn hier immerhin hinsichtlich der subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers von 1877 noch Zweifel bestehen mögen, so verlangt die objektive Auslegung des Gesetzes in Anbetracht der heute streng durchgeführten Unterscheidung zwischen Rechts- und Ermessensfrage, daß im Klageerzwingungsverfahren alle Rechtsfragen nachgeprüft werden können. Seit der Neufassung des § 172 Abs.2 StPO gilt das allerdings nur noch für die Einstellung des Verfahrens gemäß § 170 Abs.2 StPO und gemäß § 154d StPO.

Aus der Stellung des § 172 in der Strafprozeßordnung, also aus dem Umstand, daß das Klageerzwingungsverfahren im 2.Abschnitt des 2.Buches im Anschluß an das Legalitätsprinzip geregelt ist, die einzige in der Reichsstrafprozeßordnung genannte Ausnahme vom (generellen) Verfolgungszwang,§ 376 StPO (§ 416 a.F.) aber erst im 5.Buche, kann man schlechterdings nicht wie das OLG Marienwerder[43)] folgern, das Klageerzwingungsverfahren sei durch den Gesetzgeber auf den Umfang des Legalitätsprinzips beschränkt worden. Für den Gesetzgeber war es gesetzestechnisch kaum möglich und zudem untunlich, die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft in bezug auf die Privatklagedelikte aus der einheitlichen Regelung des Privatklageverfahrens in den §§ 374 ff.StPO (§§ 414 ff. a.F.) herauszunehmen.

Die Auffassung, das Klageerzwingungsverfahren sei auf den Umfang des Legalitätsprinzips beschränkt, hat sich deshalb aus gutem Grunde nicht allgemein durchsetzen können. So ließ man denn teilweise das Klageerzwingungsverfahren zu, wenn die Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse gemäß § 376 StPO ausdrücklich oder stillschweigend bejaht, aber das Verfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt

---

verfahren prüfen lassen will, wenn er gleichzeitig jene Einstellungsvoraussetzungen als Ermessensbegriffe betrachtet.

43) Beschl. v.24.8.1893, GA 41 (1893), 299

hat[44], ebenso, wenn das Verfahren gemäß § 153 Abs.1 StPO[45] oder gemäß § 153 Abs.2 StPO[46] eingestellt worden ist, wobei man außer dem hinreichenden Tatverdacht auch die Geringfügigkeit der Schuld und Folgen überprüfen ließ, jedoch nicht die nach der h.M. aufzuwerfende Frage, ob die Staatsanwaltschaft trotz geringer Schuld und unbedeutender Folgen hätte einschreiten müssen.

Die h.M. versagte jedoch das Klageerzwingungsverfahren in den Fällen des § 376 StPO und des § 153 Abs.2 StPO mit einem weiteren Argument, wobei allerdings nicht immer klar zu erkennen ist, ob dem nicht doch die vorgefaßte Meinung, das Klageerzwingungsverfahren beschränke sich auf den Umfang des Legalitätsprinzips, zugrunde liegt. Wie schon Oehlschläger im Reichstage, verneinte man ein Rechtsschutzbedürfnis für das Klageerzwingungsverfahren im Falle des § 376 StPO, da der Verletzte ja Privatklage erheben könne, um sich Genugtuung zu verschaffen[47]. Es bedeutet aber doch einen erheblichen Unterschied, ob der Verletzte auf den Weg der Privat-

---

44) So offenbar schon Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1881,§ 376 Anm.3 und Mewes, Strafverfahren, 2.Aufl.,S.179 Anm.40 (beide zit. bei Ostler, Diss.1931,S.77); Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1900,S.483 Anm.11; Beling, DJZ 1904, 300; Lang, DJZ 1926,661; Werthauer, Die Privatklage, 1930, § 376 StPO Anm.15; Ostler, Diss.1931,S.80 f.; Pusinelli, NJW 1952,451; vgl. auch H.Mayer, JZ 1955,603; OLG München, SJZ 1950,929; OLG Bamberg,BayJMBl.1952,253

45) Bumke,a.a.O.,S.74; Kiesow,a.a.O.,§ 153 Anm.3a; Schäfer-Hartung,§ 172 Anm.1; Nagler, GS 90(1924),424 Fußn.2; Lobe, GS 96(1928),S.45 f.; Ostler,Diss.1931,S.80 ff.; Niese, SJZ 1950,895; Mayer, JZ 1955,603; OLG Hamburg, HRR 1930, Nr.947

46) Nagler, GS 90(1924),426; Feisenberger, a.a.O.,§ 172 Anm.5; Ostler, Diss.1931.S.90; Mayer, JZ 1955,603; OLG Kiel, Beschl.v.15.10.1947, HESt 2,88

47) Isenbart-Samter, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich,1893,Anm.zu § 416, die auf die Protokolle S.217, 628,643 verweisen, aus denen sich jedoch hierfür nichts entnehmen läßt.
KG v.28.12.1909,GA 57,414; KG,JW 1930,1101; OLG Kiel v. 3.9.1947, HESt.2,88; OLG Braunschweig,NdsRpfl.1950,144; OLG Köln, MDR 1951,759; OLG Schleswig, SchlHA 1953,71

klage mit seinen prozessualen Nachteilen, Mühen und Kosten verwiesen ist[48], oder ob ihm ein Offizialverfahren zur Genugtuung verhilft. In Anbetracht dessen hätte man durchaus ein Rechtsschutzbedürfnis für das Klageerzwingungsverfahren bei den Privatklagedelikten anerkennen müssen. Dagegen wäre dies für die Prüfung des "besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" gemäß § 232 Abs.1 StGB zu verneinen gewesen, da der Verletzte es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er aus irgendwelchen Gründen unterläßt, Strafantrag zu stellen.

Den Ausschluß der Klageerzwingung im Falle des § 153 Abs.2 StPO hat man ebenfalls mit dem mangelnden Rechtsschutzbedürfnis begründet, da durch die Zustimmung des Richters bereits eine Garantie gegen die Willkür der Staatsanwaltschaft geschaffen sei[49]. Hierbei übersah man aber, daß der Richter seine Zustimmung zur Einstellung gemäß § 153 Abs.2 StPO nur auf Grund einer mehr oder weniger kursorischen Prüfung des von der Staatsanwaltschaft vorgelegten Materials geben kann. Außerdem hatte der Verletzte keine Möglichkeit, dem Amtsrichter hier seinen Standpunkt vorzutragen. Unter diesen Umständen ersetzte die Zustimmung des Amtsrichters nicht im entferntesten das, was das Klageerzwingungsverfahren vor dem Oberlandesgericht leisten soll![50]

Es wäre daher bis zur Neufassung des § 172 Abs.2 StPO allein richtig gewesen, im Klageerzwingungsverfahren sowohl die Rechtsfrage des öffentlichen Interesses an der Verfolgung von Privatklagedelikten gemäß § 376 StPO[51], als auch die Einstellungsverfügung gemäß § 153 Abs.1 und 2 StPO in vol-

---

48) Vgl. dazu auch unten S.269 f.

49) Bumke, a.a.O.,S.74; Kiesow, a.a.O., § 153 Anm.3b; Schäfer-Hartung, a.a.O., § 172 Anm.1; Kronast, Diss. 1935, S.13 f.;
OLG Frankfurt, GA 70 (1926), 213; OLG Braunschweig, NJW 1952,77; KG, NJW 1953,197

50) Vgl. Ostler,Diss.1931,S.90,der auf das unmögliche Ergebnis aufmerksam macht,daß sonst die Kontrolle der Staatsanwaltschaft bei Übertretungen vom Oberlandesgericht, bei den Vergehen aber nur vom Amtsrichter ausgeübt wird.

lem Umfange zu prüfen[52], wobei man bei den Folgen der Tat die generalpräventiven Erwägungen nicht hätte übersehen dürfen. Wäre der Gesetzgeber von 1953 sich über die Rechtsnatur der Einstellungsvoraussetuungen im klaren gewesen, hätte er wahrscheinlich nicht das Klageerzwingungsverfahren für diese Fälle ausgeschlossen. Gerade bei der Einstellung gemäß § 153 Abs.1 und 2 StPO besteht ein Bedürfnis dafür, daß das Oberlandesgericht nochmals prüft, ob nicht doch ein hinreichender Verdacht für ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Man wende nicht ein, die Klageerzwingung sei hier kaum sinnvoll, weil das Gericht, das z.B. der Einstellung im Vorverfahren gemäß § 153 Abs.2 StPO zugestimmt hat, in der nachfolgenden Hauptverhandlung das Verfahren immer noch gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellen kann. Auch nach einem normalen Klageerzwingungsverfahren kann das Gericht den hinreichenden Verdacht für ein öffentliches Interesse an der Bestrafung, den das Oberlandesgericht immer implicite mit zu prüfen hat, für unbestätigt halten und das Verfahren gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellen[53]. Das Gericht hat eben in der Hauptverhandlung ganz andere Erkenntnismittel als im Vorverfahren bei der Zustimmung gemäß § 153 Abs.2 StPO und auch ganz andere Prüfungsmöglichkeiten wie das Oberlandesgericht im Klageerzwingungsverfahren. Schließ-

---

51) Ebenso Albrecht Weber, Diss.1953,S.45

52) Ebenso Johann, Diss.1931,S.84; A.Weber, Diss.1953, S.45, die beide auch den Begriff "öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" vom Oberlandesgericht prüfen lassen wollen.

53) Es ist h.M., daß die Staatsanwaltschaft in der nachfolgenden Hauptverhandlung dem Gericht noch die Zustimmung zur Einstellung gemäß § 153 Abs.3 erteilen kann.

So Kohlhaas,GA 1954,130; ders.,Lö-Ro,§153 Anm.14; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.21; Müller,KMR, § 153 Anm.6 bb; vgl. auch Niese, SJZ 1950,898. OLG Braunschweig, JZ 1951,788; KG,NJW 1953,147;

dagegen: OLG Kiel,HESt 2,88; OLG Stuttgart,HESt,2,90 = DRiZ 1949,450 mit abl.Anm.v.Müller; Schwarz, NJW 1958, 1816,der aber dann, wenn sich wesentlich mildere Gesichtspunkte ergeben haben, die spätere Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO zuläßt.
Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es überhaupt

lich wird in beiden Fällen der Beschuldigte nicht selber vom Gericht gehört, und es wird zudem nur über Verdachtsfragen entschieden. In der Hauptverhandlung hingegen kann und muß das Gericht die Schuld des Täters und die Folgen der Tat unter allen Gesichtspunkten solchermaßen würdigen, daß ein "Wahr- und Rechtsspruch" ergehen kann, entweder Freispruch, Verurteilung oder Einstellung gemäß § 153 Abs.3 StPO, wenn man von dem Einstellungsurteil gemäß § 260 Abs.3 StPO absieht.

Ob nun das Oberlandesgericht im Klageerzwingungsverfahren implicite oder auf ausdrückliche Rüge des Verletzten hin einen hinreichenden Verdacht für ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht, die Chancen sind in beiden Fällen gleich, daß der Richter hernach doch noch das Verfahren gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellt und somit Mühen und Kosten vergeblich macht. Indes ist das Verfahren für den Verletzten auch dann nicht ganz nutzlos gewesen, denn er erhält ja durch den Beschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO die gerichtliche Bestätigung, daß der Angeklagte sich einer strafbaren Handlung gegen ihn schuldig gemacht hat. Die Einstellung nach § 153 Abs.1 oder Abs.2 vermag eine solche Bestätigung dagegen nicht zu geben, da es sich im Vorverfahren nur um die Entscheidung von Verdachtsfragen handelt[54]. Warum sollte also der Verletzte nicht wieder die Möglichkeit erhalten, im Klageerzwingungsverfahren den Verdacht eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung vor dem Oberlandesgericht zu erhärten und dann im Hauptverfahren als Nebenkläger nach § 395 Abs.2 Nr.2 StPO auf die Bestrafung des Täters hinzuwirken? Der Verletzte als der Tatnächste nimmt insofern objektiv nichts anderes als das Interesse aller an einer gleichmäßigen und gerechten Strafverfolgung wahr. Gegen einen Mißbrauch des Klageerzwingungsverfahrens in diesen Fällen trifft die Kostenvorschrift des § 177 StPO und

---

nicht auf die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung gemäß § 153 Abs.3 StPO an, da das Zustimmungserfordernis verfassungswidrig ist.

54) Nach h.M. genügt hier die Wahrscheinlichkeit eines Verschuldens, so Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 153 Anm.2A; vgl. auch Müller, KMR, § 153 Anm. 2 d

der Anwaltszwang gemäß § 172 Abs.3 S.2 StPO in genügender Weise Vorsorge. Es ist eigentlich erstaunlich, daß gerade unter der Herrschaft des Bonner Grundgesetzes der Verletzte auf einem Gebiete der Strafrechtspflege rechtlos gestellt worden ist, wo es allzuleicht zu "Schiebungen"[55] kommen kann. Was dem Rechtsstaate des 19.Jahrhunderts noch unentbehrlich erschien, darauf glaubt man offenbar heute verzichten zu können, weil man weitgehend auf eine rechtmäßige Handhabung der Einstellungsbefugnis durch die Staatsanwaltschaft vertrauen kann. Sicherungen im Gesetz sind aber von je her das bessere Mittel zur Erhaltung der Rechtsstaatlichkeit gewesen als das Vertrauen auf die rechtsstaatliche Gesinnung der Rechtsanwender[56].

Nicht nur in den Fällen des modifizierten Legalitätsprinzips gemäß §§ 376, 153 Abs.1 und 2, 154 Abs.3, 154c StPO, sondern auch in den Fällen des Anklageermessens gemäß § 153b und § 154b empfiehlt es sich, das Klageerzwingungsverfahren wieder einzuführen. Wie wichtig eine gerichtliche Überprüfung des Anklageermessens hier sein kann, zeigt der Fall des § 154d StPO. Hier findet nach wie vor das Klageerzwingungsverfahren gegen die endgültige Einstellung nach fruchtlosem Ablauf der Frist statt[57], nicht aber gegen die Fristsetzung durch die Staatsanwaltschaft[58]. Bis zum Ab-

---

55) Vgl. Reitberger, NJW 1963,2261

56) Vgl. ebenso die Kritik an der Neufassung des § 172 Abs.2 StPO bei Niese, JZ 1952,647, der dort in der Fußnote 1 "Bedenken" gegen den Regierungsentwurf erhob (soweit ersichtlich als einziger); später aber H.Mayer, JZ 1955,604; Kohlhaas, GA 1956,242; Eb.Schmidt. Lehrkommentar II, § 172 Erl.24; Reitberger, NJW 1963,2260

57) Kohlhaas, GA 1954,136; ders.Lö-Ro,§ 154a Anm.3; Müller, KMR,§ 154d Anm.5b; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.,§ 154d Anm.4; KG, JR 1959,29; OLG Hamm, NJW 1959,161; a.A.OLG Köln, NJW 1951,932, weil das Klageerzwingungsverfahren nur für den Umfang des Legalitätsprinzips gelte; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II,§ 154a Erl.10,weil die Klageerzwingung gegen die Fristsetzung möglich sei.

58) Ebenso die im ersten Teil der Anm.57 Genannten. a.A. Eb.Schmidt,a.a.O.,§ 172 Erl.24,der m.E.zu Unrecht auf Dallinger,JZ 1953,440 Fußn.67 verweist (Dallinger wendet sich dort in erster Linie gegen die in Anm.57 zit. Meinung des OLG Köln,NJW 1951,932); ferner Schneidewin, JZ 1959,307

lauf der Frist steht nämlich nicht endgültig fest, ob die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht doch noch durchführt, zumal sie die Gründe für die Nichteinhaltung der Frist bei ihrer Ermessensentscheidung mit berücksichtigen muß. Im übrigen kann der Verletzte die Frist abkürzen, indem er der Staatsanwaltschaft erklärt, er werde nicht sein Recht im Streitverfahren suchen[59]. Eine unangemessen lange Fristsetzung könnte zudem als endgültige Einstellung angesehen werden[60].

Nach der h.M. hat das Oberlandesgericht im Falle des § 154d StPO nur zu prüfen, ob tatsächlich eine notwendige Vorfrage gegeben ist[61]. Nach der hier vertretenen Auffassung muß es jedoch die Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft auch auf Ermessensfehler kontrollieren, also insbesondere darauf, ob der Aufwand für das Verfahren wirklich in keinem tragbaren Verhältnis zu der zu erwartenden Strafe steht, wobei der Staatsanwaltschaft aber ein beträchtlicher Ermessensspielraum zu lassen ist. Wenn sich herausstellt, daß die Einstellung aus anderen Gründen erfolgt ist und unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit von Aufwand und Erfolg nicht aufrecht erhalten werden kann, so muß das Oberlandesgericht die Ermittlungen selbst soweit durchführen, bis sich eine Entscheidung über den hinreichenden Tatverdacht finden läßt, und dann gegebenenfalls die Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 175 StPO beschließen. Die gleiche Ermessensnachprüfung sollte bei der Ermittlung von Auslandsdelikten nach § 153b StPO und in den Fällen des § 154b StPO wieder möglich sein, da die Staatsanwaltschaft hier das Verfahren sogar wegen der schwersten Verbrechen, selbst wenn deren Verfolgung verhältnismäßig geringen Aufwand machen würde , einstellen kann, ohne daß sie der Verletzte dafür wirksam rügen könnte. In außenpolitische Er-

---

59) Vgl. Müller, KMR, § 154d Anm.5a
60) KG, JR 1959,29
61) Schneidewin, JZ 1959,307; Kohlhaas, Lö-Ro, § 154a Anm.3; Müller, KMR, § 154d Anm.5b

wägungen dürfte das Oberlandesgericht natürlich nicht eingreifen. Aber das ließe sich ja im Einzelfalle auch vom Gericht feststellen, ob ein solcher Gesichtspunkt überhaupt in Betracht kommt.

Oben ist gesagt worden, das Oberlandesgericht müsse im Klageerzwingungsverfahren auch darauf achthaben, ob sich ein öffentliches Interesse an der Bestrafung in der späteren Hauptverhandlung erweisen wird. Die Auffassungen darüber sind jedoch sehr geteilt, ob und in welcher Weise das Oberlandesgericht seiner Überzeugung Rechnung tragen kann, es liege kein hinreichender Verdacht für ein öffentliches Interesse an der Bestrafung gemäß § 153 StPO vor. Eb. Schmidt[62] meint, der Strafsenat sei nicht dazu da, "dem Beschuldigten die Chance des Opportunitätsprinzips zu sichern". Er habe allein über die Einhaltung des Legalitätsprinzips zu wachen und daher ausschließlich die Frage zu prüfen, ob ein "genügender Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage besteht (§ 174 Abs.1 StPO). Demgegenüber stellt das OLG Köln in seinem Beschluß vom 16.3.1962[63] mit Recht fest, daß ein genügender Anlaß zur Klageerhebung dann nicht besteht, wenn die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit angezeigt ist. In der Tat soll § 174 StPO ebenso wie die Sperrbestimmung des § 203 StPO verhindern, daß jemand der Belastung einer öffentlichen Hauptverhandlung ausgesetzt wird, dessen Verurteilung nicht mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Im Grunde deshalb hat auch das OLG Braunschweig in seinem Beschluß vom 14.3.1958[64] hier das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 153 Abs.3 StPO eingestellt. Diese Art der Verfahrenserledigung erscheint indes verfehlt. Der Einstellungsbeschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO hat materielle Rechtskraftwirkung und darf deswegen nur im Hauptverfahren

---

62) Lehrkommentar II, § 174 Erl.3;
zustimmend Schaefer in seiner ablehnenden Anm.zum OLG Braunschweig,JZ 1958,702; ebenso Kohlhaas,Lö-Ro,§ 174 Anm.2

63) JMBl.NRW 1962,261

64) JZ 1958,701;
zustimmend Schorn,NJW 1965,1518; ebenso Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.,§ 174 Anm.3

als"Wahr- und Rechtsspruch" ergehen. Zudem ist im Stadium des Klageerzwingungsverfahrens die öffentliche Klage noch gar nicht erhoben, was aber Voraussetzung für die Einstellung gemäß § 153 Abs.3 StPO ist. Die Initiative liegt also nach dem Gesetz noch bei der Staatsanwaltschaft.

Ist der Generalstaatsanwalt im Klageerzwingungsverfahren durch die vom Verletzten vorgelegten Beweismittel (vgl. § 172 Abs.3 StPO) von einem hinreichenden Tatverdacht überzeugt worden, stuft er aber das Vergehen[65] als geringfügig ein, so könnte er eigentlich das Verfahren noch mit Zustimmung des Gerichts einstellen, weil ja noch nicht Anklage erhoben ist. Die Frage ist nur, ob das zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständige Gericht oder der Strafsenat hier die Staatsanwaltschaft von der Anklagepflicht befreien kann. Aus prozeßökonomischen Gründen fordert man auch die Zuständigkeit des Strafsenats[66]. M.E. ist der Strafsenat allein zuständig; denn das Verfahren befindet sich nun einmal beim Oberlandesgericht, dieses besitzt im Gegensatz zum eröffnenden Gericht die eingehende Stellungnahme des Verletzten und ist daher sachlich befugter als jenes, sich über die Geringfügigkeit der Tat ein Urteil zu bilden. Schließlich geht es nicht an, daß die Staatsanwaltschaft den Strafsenat über den Amtsrichter auszuspielen vermag. Verweigert das Oberlandesgericht die Zustimmung zur Einstellung wegen Geringfügigkeit gemäß § 153 Abs.2 StPO, so ist die Staatsanwaltschaft an die Auffassung des Strafsenats, es bestehe hinreichender Verdacht für ein öffentliches Interesse an der Bestrafung, gebunden, d.h. sie muß nun die öffentliche Klage erheben und darf nicht etwa doch noch das Verfahren mit der Zustimmung des Amtsrichters gemäß § 153 Abs.2 StPO zur Einstellung bringen[67]. Der Strafsenat

---

65) Um eine Übertretung kann es sich ja wegen § 172 Abs.2 S.3 StPO niemals allein handeln.

66) Vgl. Schwarz,NJW 1958,1816; Müller,KMR,§ 174 Anm.2c; OLG Köln, JMBl. NRW 1962,261

67) Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.14; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 175 Anm.3

kann also den Generalstaatsanwalt zur Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit nur anregen und dann gegebenenfalls die Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens erteilen. Diese Sachbehandlung ist auch die einzig tragbare Lösung für den verletzten Antragsteller. Stellt nämlich die Staatsanwaltschaft das Verfahren gemäß § 153 Abs.2 StPO ein, so ist nunmehr der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 Abs.2 S.3 StPO "unzulässig" geworden. Die den Antragsteller belastende Kostenvorschrift des § 177 StPO kommt daher nicht zur Anwendung[68].

II.

Die gerichtliche Prüfung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung von Privatklagedelikten gemäß §376 StPO im Zwischen- und Hauptverfahren

Erhebt der Staatsanwalt die öffentliche Klage, so gibt er damit zu erkennen, daß er ein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters für gegeben hält. Darf nun das zuständige Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnen, weil nach seiner Ansicht überwiegende Zweifel daran bestehen, daß ein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters in der Hauptverhandlung nachgewiesen werden kann (vgl. § 203 StPO)?
Darf ferner das Gericht das anschließende Hauptverfahren durch Beschluß oder Urteil einstellen, wenn sich der "Verdacht" eines öffentlichen Interesses an der Bestrafung nicht bestätigt? Aus der Rechtsnatur des "öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" als eines unbestimmten Rechtsbegriffes ist jedenfalls nicht ohne weiteres zu folgern, daß der Richter allein verantwortlich diese Prozeßvoraussetzung verneinen darf. In § 153 Abs.3 StPO hat der Gesetzgeber von 1924 ausdrücklich die Verantwortung auf Gericht und Staatsanwalt gleichermaßen verteilt. Das gilt zumindest für die

68) Schwarz, NJW 1958,1816; Müller, KMR, § 174 Anm.2c; OLG Köln, JMBl.NRW 1962,261

Einstellung von Vergehen (§ 153 Abs.2 StPO). Aber auch bei den Übertretungen gemäß § 153 Abs.1 StPO und in den Fällen des § 376 StPO und des § 232 Abs.1 StGB könnte das Gesetz eine übereinstimmende Auffassung des Gerichtes und der Staatsanwaltschaft zur Einstellung fordern. In den letzten beiden Fällen ist es sogar möglich, daß dem Staatsanwalt allein die Verantwortung für die Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses an der Bestrafung übertragen ist, so daß der Richter das Hauptverfahren einstellen muß, wenn der Staatsanwalt später zu einer besseren Erkenntnis findet und nunmehr das öffentliche Interesse an der Bestrafung verneint. Zur Beantwortung dieser Frage soll zunächst wieder der Wille des Gesetzgebers und der objektive Sinn und Zweck des Gesetzes erforscht werden. Hernach hat sich eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit Art.92 GG und Art.19 Abs.4 GG anzuschließen.

Die Erörterung beginnt wieder mit dem § 376 StPO. Die h.M. nimmt hier ohne weiteres an, daß allein die Staatsanwaltschaft über das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Privatklagedelikten entscheiden darf[69]. Thierfelder[70] will allerdings die Bejahung des öffentlichen Interesses gem.§ 376 StPO im Verfahren nach §§ 23 ff.EGGVG gerichtlich überprüfen lassen. Nur H.v.Weber[71] läßt richtigerweise das öffentliche Interesse vom Gericht schon bei der Eröffnung des Hauptverfahrens prüfen,will aber danach eine gerichtliche Kontrolle nicht mehr gestatten, da das öffentliche Interesse "nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit des ganzen Prozesses,also nicht Sachentscheidungsvoraussetzung, sondern

---

69) von Schwarze,Strafprozeßordnung,1878,Anm.zu § 416; Bomhard-Kollert,Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich,1879,§ 416 Anm.4; Glaser,in: von Holtzendorff, Rechtslexikon,1881,S.180 (Artikel:Privatanklage); Simonson, GA 38(1891),S.146; Bennecke,Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts,1895,§ 416 Anm.1; ferner aus neuester Zeit: Sarstedt, Lö-Ro, § 376 Anm.1; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 376 Anm.1;
RG Urt.v. 2.10.1884, RGSt 11,128 (131)

70) DVBl.1961,119; ebenso Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1962, § 42 Anm.IV 3a

Zulässigkeitsbedingung für die öffentliche Klage" sei[72].

In den Materialien zur Strafprozeßordnung findet sich kein Hinweis auf einen diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers. Indes hat man sich in der ersten Zeit gerade auf die Materialien berufen für die Behauptung, daß eine Kognition des Gerichtes hinsichtlich des öffentlichen Interesses gemäß § 376 StPO ausgeschlossen sei. Hierfür hat man auf die Stelle in den Motiven verwiesen[73], wo zur Diskussion stand, ob die Privatbeleidigungen im Gegensatz zu den Amtsbeleidigungen nicht gänzlich von der Offizialverfolgung gemäß § 376 StPO ausgenommen sein sollten. Dies verneinten die Motive[74] u.a. mit der Begründung, daß der Richter, wenn er die von der Staatsanwaltschaft angeklagte Amtsbeleidigung als Privatbeleidigung ansehe, "auf Abweisung der Klage wegen Mangels der Legitimation der Staatsanwaltschaft erkennen müsse", "falls die Verfolgung einer Privatbeleidigung durch die öffentliche Klage ganz ausgeschlossen wäre". Dann "müßte dem Verletzten vorbehalten bleiben, durch Erhebung der Privatklage die Verfolgung von neuem zu betreiben". "Die Abweisung einer erhobenen Klage ohne gleichzeitige Entscheidung in der Sache selbst muß aber im Strafverfahren möglichst vermieden werden, und schon aus diesem Grunde mußte man Anstand nehmen, die öffentliche Klage bei Privatbeleidigungen gänzlich auszuschließen". Soweit die Motive. Damit wollte man aber doch nicht den Richter verpflichten, eine Privatbeleidigung stets abzuurteilen, nur weil sie schon einmal als Amtsbeleidigung von der Staatsanwaltschaft angeklagt worden ist. Es sollte mit Recht nur vermieden werden, daß der Richter an der Bestrafung des Täters im anhängigen Verfahren gehindert ist, wenn sich die Privatbeleidigung als schwerwiegend darstellt,

---

71) MDR 1963,169

72) von Weber setzt hier offenbar den Fall des § 376 StPO mit dem des § 232 Abs.1 StGB gleich; vgl. dazu unten S.302 ff.

73) Vgl. z.B.von Schwarze,Strafprozeßordnung,1878, Anm. zu § 416

74) Hahn, Materialien, S.233/279

wofür schon ein gewisser Anhaltspunkt darin liegt, daß man sie offenbar auch als Amtsbeleidigung auffassen konnte. Denn schließlich hat man, wie die Motive zuvor betonnen, die Offizialverfolgung von Privatbeleidigungen deswegen ermöglicht, weil die Allgemeinheit auch hier z.B. "wegen der besonderen Verwerflichkeit der Handlungsweise des Täters oder wegen fortgesetzter Begehung gleichartiger Vergehen" ein Interesse an der Bestrafung des Täters haben kann[75]. Diese Stelle der Motive beweist also nichts.

Offenbar hat aber auch das Reichsgericht diese Stelle der Motive im Auge, wenn es in seiner grundlegenden Entscheidung vom 2.10.1884[76] feststellt: "Am allerwenigsten ist ein legislativer Grund findbar, aus welchem ein an sich zuständiges, mit einer öffentlichen Klage formgemäß befaßtes Gericht die Aburteilung einer durchverhandelten, zur Entscheidung reifen Sache von sich sollte ablehnen können, nur um einem Privatklageberechtigten die Verfolgung derselben Sache in erneutem Verfahren vorzubehalten". U.a. mit dieser Begründung erklärt das Reichsgericht a.a.O. die Frage des öffentlichen Interesses gemäß § 376 StPO für "außerhalb aller gerichtlichen Beurteilung" liegend. Hierzu ist zweierlei zu sagen:

1. Die Strafprozeßordnung hat dem Verletzten die Rechtsverfolgung im Privatklageweg in ganz erheblicher Weise erschwert[77]. Der Privatkläger kann als Partei nicht Zeuge sein; im Offizialverfahren könnte er hingegen als Zeuge auftreten und dafür noch Zeugengebühren kassieren. Er muß ferner im Privatklageverfahren sofort Kostenvorschuß leisten und für den Fall, daß der Angeklagte freigesprochen wird oder, so er verurteilt wird, mittellos ist, die gesamten Kosten des Verfahrens selber tragen. Zudem fällt auf ihn als prozeßtreibende Kraft eine nicht geringe persönliche

---

75) Hahn, a.a.O.
76) RGSt 11,128 (131)
77) Vgl. dazu Kade, Unbedingte oder bedingte Strafverfolgungspflicht?,1909,S.20; ferner Seibert, MDR 1952, 278

Belastung, die kaum vermindert wird, wenn er zur besseren Vertretung seiner Sache einen Rechtsanwalt bestellt. Unter diesen Umständen ist es immer mehr als zweifelhaft, ob der Verletzte das Prozeßrisiko einer Privatklage übernimmt, selbst wenn die Sache vom Gericht schon weitgehend durchverhandelt ist.

2. Der "legislative Grund" für die Einstellung des Verfahrens nach § 260 Abs.3 oder 206a StPO ist darin zu finden, daß bei einem Privatklagedelikt die Erhebung der öffentlichen Klage und damit die Verurteilung des Angeklagten gemäß § 376 StPO verboten ist, wenn nicht dazu ein öffentliches Interesse besteht. Das öffentliche Interesse ist nicht nur Zulässigkeitsbedingung für die öffentliche Klage, sondern Sachentscheidungsvoraussetzung. Im Vorverfahren kann der Staatsanwalt naturgemäß nur über einen hinreichenden Verdacht für ein öffentliches Interesse an der Bestrafung entscheiden. Wollte man es dabei bewenden lassen, wäre das öffentliche Interesse an der Bestrafung die einzige Prozeßvoraussetzung, für die der bloße Verdacht genügt, um eine Verurteilung herbeizuführen. Würde das rechtens sein, hätte der Gesetzgeber im Jahre 1924 bei der Einführung des § 153 StPO auf den Abs.3 dieser Bestimmung verzichten können,der es dem Richter ermöglicht, das Verfahren noch in der Hauptverhandlung einzustellen. Wenn man allerdings für das öffentliche Interesse gemäß § 376 StPO e contrario zu § 153 Abs.3 StPO auf eine Zulässigkeitsbedingung für die öffentliche Klage schließen wollte, würde man übersehen, daß es der ausdrücklichen Regelung des Abs.3 in § 153 StPO gar nicht bedurft hätte, wenn der Gesetzgeber das Gericht hier nicht in Durchbrechung des § 155 Abs.2 StPO an die Zustimmung der Staatsanwaltschaft gebunden hätte. Endlich wird wohl niemand bei einer "durchverhandelten, zur Entscheidung reifen Sache" ein öffentliches Interesse an der Bestrafung wegen der bereits aufgewendeten Zeit, Mühen und Kosten bejahen wollen. So besteht denn sehr wohl ein "legislativer Grund" dafür, daß der Richter die Aburteilung eines Privatklagedeliktes mangels öffentlichen Interesses ablehnen muß.

Das Reichsgericht führt zur weiteren Begründung seiner Auffassung an, die Gesetzgebung sei entschieden nicht gewillt gewesen, den Grundsatz des § 264 StPO zu durchbrechen, indem § 376 StPO "es in das Ermessen der Staatsanwaltschaft stellt", wegen Beleidigungen und Körperverletzungen je nach dem beteiligten öffentlichen Interesse öffentliche Klage zu erheben, oder die Verfolgung dem Privatkläger zu überlassen. Die Staatsanwaltschaft hätte also keine Möglichkeit, das mit einem Offizialdelikt in Tateinheit stehende Privatklagedelikt von der öffentlichen Klage auszunehmen. Daraus schließt das Reichsgericht, daß ein ideell konkurrierendes Privatklagedelikt ebensowenig von der Verurteilung ausgenommen werden kann. Richtig ist, daß eine Beschränkung des Verfolgungswillens der Staatsanwaltschaft innerhalb der in der Anklage bezeichneten Tat ohne eine rechtliche Bedeutung wäre[78]. Bei Idealkonkurrenz zwischen einem Offizialdelikt und einem Privatklagedelikt hat das Gericht gemäß § 264 StPO das Privatklagedelikt mit zu beurteilen, auch wenn die Staatsanwaltschaft den Verletzten insoweit auf den Privatklageweg verwiesen hat[79]. Die Staatsanwaltschaft muß deshalb das Privatklagedelikt, das zu einem Offizialdelikt in Ideal- oder in Gesetzeskonkurrenz steht, immer selbst dann von Amts wegen mit verfolgen, wenn kein öffentliches Interesse an dessen Ahndung besteht[80]. M.E. muß man sogar über die h.M. hinaus vom prozeßrechtlichen Begriff der Tat im Sinne des § 264 StPO ausgehen[81] und auch Privatklagedelikte in

---

78) BayObLG,MDR 1960,947; BGH Urt.v.28.6.1961,BGHSt 16,200. Der fast entgegengesetzte Leitsatz von BGH Urt.v.16.1. 1959, LM § 264 StPO Nr.19 ist mißverständlich. Aus den Gründen ergibt sich,daß die in der Anklageschrift nur nebenbei erwähnte Tat mit dem Geschehen, das dem Angeklagten in der Hauptverhandlung zum Vorwurf gemacht wurde, keinen einheitlichen Vorgang nach § 264 StPO bildete.

79) RG,Urt.v.15.10.1943, RGSt 77,226

80) h.M.im Anschluß an RGSt 11,128; Eb.Schmidt,Lehrkommentar II,§ 376 Erl.2; Sarstedt,Lö-Ro, § 376 Anm.5; Müller, KMR,§ 376 Anm.3; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 376 Anm.5

81) Vgl.dazu Müller,KMR,§264 Anm.4 mit weiteren Nachweisen.

die Offizialverfolgung einbeziehen, die nur in Realkonkurrenz[82] zu einem Offizialdelikt stehen, aber doch mit diesem einen einheitlichen Vorgang nach § 264 StPO bilden. Es bedarf also auch keiner Nachtragsanklage gemäß § 266 StPO, wenn die Staatsanwaltschaft wegen eines Offizialdeliktes angeklagt hatte und sich in der Hauptverhandlung ergibt, daß für die Verurteilung nur ein Privatklagedelikt übrig bleibt[83]. Hieraus kann aber doch nicht gefolgert werden, daß der Richter den Angeklagten wegen des Privatklagedeliktes verurteilen muß, auch wenn kein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters besteht. Warum sollte das Gericht das Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung nicht ebenso behandeln müssen wie das Prozeßhindernis eines fehlenden Strafantrages bei einem in der Hauptverhandlung übrigbleibenden Antragsdelikte?

Das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 2.10.1884[84] darauf folgende Antwort gegeben: "Die öffentliche Klage konsumiert die gesamte Strafverfolgung auch zu ungunsten der etwa Privatklageberechtigten, und es kann nach einmal erfolgter Aburteilung des unter öffentliche Klage gestellten Delikts nicht mehr von nachträglicher Privatverfolgung und gesonderter Bestrafung wegen eines etwa ideell damit konkurrierenden Antragsdeliktes die Rede sein. Daraus folgt, daß die Voraussetzung, auf welcher § 416 StPO (nunmehr § 376) ruht, die Möglichkeit der Verweisung eines durch Beleidigung Verletzten zur Privatklage, für alle solche Fälle ohne weiteres zusammenfällt, in denen die Staatsanwaltschaft die Tat ohnehin bereits zum Gegenstand einer öffentlichen Klage gemacht hat". Hieraus wäre jedoch nur der Schluß gerechtfertigt gewesen, daß der Verletzte sich eben als Nebenkläger am Verfahren beteiligen muß, wenn er nicht seines Genugtuungsrechtes verlustig gehen will, nicht aber, daß auch

---

82) Vgl. BGH, Urt.v.10.1.1956, BGHSt 9,10
83) Vgl. RG , Urt.v.22.4.1882, RGSt 6,309
84) RGSt 11,128 (130)

ohne Antrag des Verletzten in der Hauptverhandlung der Angeklagte zu verurteilen ist, obwohl kein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Privatklagedeliktes besteht. Zwar ist es auch nicht ganz unstreitig, ob der Verletzte im Falle der Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz sich als Nebenkläger dem Offizialverfahren anschließen darf, denn man hat aus der Formulierung des § 395 Abs.1 S.1 StPO "Wer ... als Privatkläger aufzutreten berechtigt ist" ein gesetzliches Verbot herauslesen wollen, da hier der Verletzte ja nicht selbständig Privatklage erheben kann[85]. Streng genommen ist aber auch der Verletzte bei einem reinen Privatklagedelikt nicht mehr "als Privatkläger aufzutreten berechtigt", wenn dessen Verfolgung im öffentlichen Interesse liegt. So zwingt der Wortlaut des § 395 StPO keineswegs dazu, die Nebenklagebefugnis auf diesen Fall zu beschränken. Das Reichsgericht hat denn auch schon in seinem Urteil vom 19.1. 1883[86], auf das übrigens das hier besprochene Reichsgerichtsurteil im 11.Bande Bezug nimmt, mit Recht festgestellt, daß das Gesetz nicht die verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkte unterscheidet, von welchen die öffentliche Klage ausgehen kann. Zudem ist es m.E. eine arge Verkennung des Gesetzes, wollte man unterstellen, es habe gemäß § 395 Abs.2 Nr.2 StPO zwar den durch ein Offizialdelikt Verletzten, der erfolgreich das Klageerzwingungsverfahren betrieben hat, als Nebenkläger zulassen wollen, nicht aber den durch ein Privatklagedelikt Verletzten im Falle der Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz zu einem Offizialdelikt. Schließlich ist die Nebenklagebefugnis in der Hauptsache deswegen geschaffen worden, damit der Privatklageberechtigte nicht im Wege des Offizialverfahrens rechtlos gestellt werden kann. Für den Anschluß als Nebenkläger hätte also kein Hindernis bestanden[87]. Der Verletzte hätte es sich also selbst zuschreiben

---

85) So Niemeyer, MDR 1949, 131; Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953, S.242 Anm.4; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 395 Erl.5 ff.

86) RGSt 7,437 (441)

87) So die h.M., Sarstedt, Lö-Ro, § 395 Anm.I 1; Müller, KMR, § 395 Anm.1a 1; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 395 Anm.1;

müssen, wenn der Richter das Privatklagedelikt mangels öffentlichen Interesses von der Aburteilung ausnimmt und diese Entscheidung den Verbrauch der Privatklage bewirkt.

Diese letztere Annahme ist m.E. sogar falsch. Das Reichsgericht stützt sich für seine Auffassung auf drei vorangegangene Entscheidungen, die nur zum Teil hierzu etwas sagen. In dem ersten Urteil vom 25.2.1881[88)] hatte das Reichsgericht festgestellt, daß durch eine in der Sache selbst ergangene Entscheidung im Privatklageverfahren die nachträgliche Verfolgung der Staatsanwaltschaft auf Grund des Strafantrages eines anderen Privatklageberechtigten gemäß § 375 Abs.3 StPO ausgeschlossen sei, denn die Staatsanwaltschaft hätte ja nach § 377 Abs.2 StPO schon vorher das Verfahren übernehmen können. Das ist richtig, weil der spätere Antragsteller mit einer neuen Privatklage gemäß § 375 Abs.3 StPO ausgeschlossen ist, und die Staatsanwaltschaft insofern nicht mehr Rechte als der Privatklageberechtigte haben kann. Zudem war der Privatklagerichter nicht rechtlich gehindert, den der Privatklage zugrundeliegenden Tatvorwurf nach allen rechtlichen Gesichtspunkten aufzuklären und abzuurteilen. Hätte also der Privatklagerichter ein zur Tat im prozeßrechtlichen Sinn des § 264 StPO zugehöriges Offizialdelikt übersehen oder nicht erkennen können und infolgedessen das Privatklageverfahren nicht gemäß § 389 StPO eingestellt, so wäre gleichwohl die Strafklage wegen des Offizialdeliktes verbraucht[89)]. Dies besagt aber noch nichts für den Verbrauch der Privatklage nach vorangegangener öffentlicher Klage.

---

bei Idealkonkurrenz: RGSt 43,260; bei Gesetzeskonkurrenz: RGSt 59,102; BGHSt,13,144.
Die Rechtsprechung ist allerdings nicht immer folgerichtig gewesen.

88) RGSt 3,363 (366)

89) RG Urt.v.23.6.1883, RGSt 9,14(19); LG Hamburg, NJW 1948,352; Müller, KMR, § 389 Anm.5a

a.A. Hahn, Materialien, Motive des Entwurfs,S.280/235

Die zweite Entscheidung des Reichsgerichts v.3.3.1881[90], auf die sich dann die dritte Entscheidung vom 19.1.1883[91] zur Begründung einer Nebenklagebefugnis des Verletzten bei einem ideell konkurrierenden Privatklagedelikt beruft, ohne dessen eigentlich zu bedürfen, spricht die hier aufgeworfene Frage genauer an. Das Reichsgericht hat a.a.O. eine erneute öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft gemäß § 375 Abs.3 StPO ausgeschlossen, obwohl das Gericht im vorangegangenen Offizialverfahren wegen damals noch fehlenden Strafantrages gehindert war, bei der Verurteilung des Angeklagten über das ideell konkurrierende Privatklagedelikt mit zu entscheiden. Da § 375 Abs.3 StPO "von zur Privatklage Berechtigten, nicht von im Wege der Privatklage den Täter verfolgenden redet", so begreife er "sowohl den Fall, wenn die Privatklageberechtigung vom Verletzten im Wege der Privatklage, als auch den, wenn wegen einer zur Privatklage berechtigenden Handlung ausnahmsweise die öffentliche Klage nach § 416 StPO (nunmehr § 376) erhoben wird, sei es, daß einer Privatklage eine solche öffentliche Klage, oder daß einer derartigen öffentlichen Klage eine Privatklage nachfolgt"[92]. Richtig ist daran, daß das Urteil auf öffentliche Klage das Privatklagerecht verbraucht, so sich ein zur Privatklage Berechtigter als Nebenkläger am Verfahren beteiligt hat. Dieser Fall stand aber hier nicht zur Entscheidung. Darüberhinaus kann aus § 375 Abs.3 StPO nichts für die Auffassung des Reichsgerichts und der h.M. hergeleitet werden, denn er spricht nur von der Wirkung der in der Sache selbst ergangenen Entscheidung gegenüber solchen Berechtigten, "welche die Privatklage nicht erhoben haben", was voraussetzt, daß einer von ihnen sein Genugtuungsrecht,

---

90) RGSt 3,384

91) RGSt 7,437 (440)

92) RGSt 3,384 (388);
ebenso die h.M.,Eb.Schmidt, Lehrkommentar II,§ 375 Erl.9; Sarstedt, Lö-Ro,§ 375 Anm.5; Müller,KMR, § 375 Anm.3a; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 375 Anm.3 A

und sei es als Nebenkläger, in Anspruch genommen hat.

Das Reichsgericht meint zwar weiter: "Indem das Strafprozeßgesetz die Vorschrift im § 415 III (nunmehr § 375 Abs.3) gab, sprach es damit aus, daß ihm der Schutz des Angeklagten gegen wiederholte Strafverfolgung höher stehe, als das Recht des Verletzten, unabhängig vom öffentlichen Ankläger und von einem zweiten Privatklageberechtigten die gegen ihn gerichtete Tat zum Gegenstand strafrichterlicher Entscheidung zu machen". Der Angeklagte verdient aber in weit höherem Maße Schutz dagegen, daß er nicht wegen eines Privatklagedeliktes im Offizialverfahren verurteilt wird, obwohl kein öffentliches Interesse an der Bestrafung besteht. Es ist ja viel besser für ihn, "eventuell" einem nachträglichen Privatklageverfahren mit der für ihn günstigeren Beweissituation ausgesetzt zu sein, als stets im Offizialverfahren wegen des betreffenden Privatklagedeliktes verurteilt zu werden. Man kann also nicht mit dem vorgenannten Argument unmittelbar aus § 375 Abs.3 StPO über den Grundsatz "ne bis in idem" hinaus einen Verbrauch der Privatklage nach rechtskräftiger Aburteilung im Offizialverfahren herleiten, wie dies das Reichsgericht offenbar tut. Denn in Wirklichkeit ist dieser im Rang eines Verfassungsrechtes stehende Grundsatz (vgl. Art.103 Abs.3 GG) hier nicht verletzt.

Der Satz "ne bis in idem" korrespondiert mit dem Rechtssatze von der notwendigen Erschöpfung der Anklage in dem durch § 264 StPO bestimmten Umfang und dem Gebot der Einheitlichkeit der Entscheidung über die Schuldfrage. Die Verfolgbarkeit kann aber innerhalb einer Tat im Sinne des § 264 StPO rechtlichen Beschränkungen unterliegen, wie z.B. wegen fehlenden Strafantrages bei einem Antragsdelikt oder mangelnder Gerichtsbarkeit. Es wäre widersinnig, wollte man in einem solchen Falle von der Verfolgung überhaupt Abstand nehmen, oder einem Strafurteil auch hinsichtlich der nicht verfolgbaren Straftatbestände materielle Rechtskraftwirkung zusprechen, obwohl das Verfahren gegen jene gar nicht gerichtet werden durfte. Deshalb reicht das Verbot der Doppel-

verfolgung "nur so weit wie der frühere Richter rechtlich in der Lage war, den Sachverhalt abzuurteilen"[93]. Das Reichsgericht hat z.B. die erneute Strafklage wegen eines Tatbestandes zugelassen, der im vorangegangenen Verfahren infolge fehlender Gerichtsbarkeit nicht mit abgeurteilt werden konnte[94]. Ebenso steht dann einer neuen Strafklage wegen eines Antragsdeliktes nicht die materielle Rechtskraft des Endurteils entgegen, wenn der Richter das Antragsdelikt mangels Strafantrags bei der Verurteilung des Angeklagten ausnehmen mußte[95]. Hatte der Richter den Angeklagten im ersten Verfahren jedoch von dem Vorwurf eines Offizialdeliktes freigesprochen, so verbraucht dieses Urteil auch die Strafklage hinsichtlich eines eventuell im Tatvorwurf enthaltenen Antragsdeliktes, obwohl das Gericht wegen Fehlens eines Strafantrages rechtlich gehindert war, über das Antragsdelikt ebenfalls eine Entscheidung zu treffen[96].

---

93) BGH, Urt. v. 15.12.1960, BGHSt 15,259 (260)

94) RG, Urt.v. 2.3.1899, RGSt 32,57 (bei Fortsetzungszusammenhang); RG, Urt.v. 18.10.1900, RGSt 33,405 (bei Idealkonkurrenz); vgl. auch BVerfG, Beschl.v. 17.1.1961, BVerfGE 12,62, das den Verfassungssatz "ne bis in idem" nur auf die Sachentscheidungen im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für anwendbar erklärt.

95) Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S.269; a.A. Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, S.179 Anm.554

96) So RG, Urt.v. 17.11.1892, RGSt 23,307 (309), ohne allerdings das darin liegende Problem zu erörtern. obiter dictum ebenso: RG, Urt.v. 26.7.1938, RGSt 72, 296 (300); BGH, Urt..v. 12.6.1951, BGHSt 1,231 (235);

ferner: Kohlhaas, Lö-Ro, vor §§ 151 ff. Anm.23c; Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.315; Müller, KMR, § 260 Anm.9b;

a.A. Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 260, Anm.7 B b, die sich zu Unrecht auf RGSt 46,367; 56,166 und BGHSt.15,259 berufen.

Diese unterschiedliche Rechtskraftwirkung erklärt sich aus Folgendem: Das Gericht ist verpflichtet, die angeklagte Tat gemäß § 264 StPO umfassend zu würdigen. Ergibt sich dabei der Verdacht einer strafbaren Handlung, deren Aburteilung jedoch ein Verfahrenshindernis im Wege steht, so hat es, wenn im übrigen ein Freispruch in Betracht kommt, verbindlich darüber zu entscheiden, ob die Beseitigung dieses Hindernisses noch möglich ist, ob also z.B. die Gerichtsbarkeit noch begründet werden oder ein fehlender Strafantrag nachgeholt werden kann. Bejaht das Gericht diese Frage, so muß es durch Urteil gemäß § 260 Abs.3 StPO das Verfahren einstellen, auch wenn im übrigen Freispruch geboten wäre[97]. Dieses Einstellungsurteil hat einmal materielle Rechtskraftwirkung hinsichtlich des Charakters der Tat als Offizialdelikt, zum anderen hinsichtlich der Feststellung, daß eine bestimmte Prozeßvoraussetzung fehlt[98]. Hat z.B. das Gericht das Verfahren eingestellt, weil ein Strafantrag eines bestimmten Verletzten nicht rechtswirksam gestellt sei, oder der Verletzte den Strafantrag zurückgenommen habe, so bleibt diese Entscheidung endgültig bei Bestand, auch wenn sich später herausstellt, daß in Wahrheit der Strafantrag nicht gestellt war oder nicht zurückgenommen worden ist. Von der materiellen Rechtskraftwirkung des Einstellungsurteils wird hingegen nicht das Antragsrecht eines anderen durch die Tat Verletzten berührt.

Liegt die Beseitigung eines Verfahrenshindernisses nicht mehr im Bereich des Möglichen, so darf "dem Angeklagten durch Freisprechung das Fehlen des Schuldnachweises für den hauptsächlichen Anklagepunkt bezeugt werden".[99] Man wird hier auf das Wertverhältnis zwischen der in der Anklage

---

97) So die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts vom 12.11.1912 für den Fall eines ideell konkurrierenden Antragsdeliktes, RGSt 46,363 (367)

98) RGSt 46,363(368); Beling,a.a.O., S.271 f.

99) BGHSt, 1,231 (235);
schon vorher RG,Urt.v.10.12.1931, RGSt 66,51 (54);
ferner RG 72,296 (300)

bezeichneten Rechtsverletzung und der nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung übrig bleibenden Rechtsverletzung, für die das Verfahrenshindernis besteht, abstellen müssen. Wenn die nicht verfolgbare Rechtsverletzung schwerer ins Gewicht fällt oder der anderen mindestens gleichwertig ist, muß das Verfahren gemäß § 260 Abs.3 StPO eingestellt werden, anderenfalls ist der Angeklagte freizusprechen[100].

Spricht nun das Gericht den Angeklagten frei, so bedeutet das hinsichtlich des in der Tat enthaltenen Antragsdelikts die verbindliche Feststellung, daß dieses Prozeßhindernis nicht mehr behoben werden kann. Meldet sich nach dem Urteil doch noch ein Antragsberechtigter, von dem man vorher keine Kenntnis hatte, so steht einer neuen Strafklage wegen des Antragsdeliktes die materielle Rechtskraft des Freispruchs entgegen. Das Gericht darf deshalb von einem Freispruch nur vorsichtigen Gebrauch machen[101]. und die Staatsanwaltschaft muß m.E. bei einem Antragsdelikt, dessen Verfolgung im öffentlichen Interesse liegt, gegen ein unzulässiges Freisprechungsurteil ein Rechtsmittel einlegen, um die Einstellung des Verfahrens zur Erhaltung der Strafklagemöglichkeit zu erzwingen.

Verurteilt das Gericht den Angeklagten wegen eines Offizialdelikts, so ist es auf Grund des Gebotes, eine einheitliche Entscheidung zu erlassen, daran gehindert, eine dem Freispruch entsprechende Feststellung über das Antragsdelikt zu treffen. Selbst wenn in der Hauptverhandlung überhaupt nicht der Verdacht eines Antragsdeliktes aufgetaucht ist, so verbraucht das verurteilende Erkenntnis nicht die Strafklage wegen dieses Antragsdeliktes. Hier muß man jedoch eine wichtige Unterscheidung machen. Bringt der Verletzte den fehlenden Strafantrag noch vor der Rechtskraft des Ur-

---

100) RG HRR 1939, Nr.1380
Geier, Lö-Ro, § 260 Anm.8a

101) Vgl. Müller, KMR, § 260 Anm.9b

teils nach, so kann die Staatsanwaltschaft das Strafklagerecht des Staates nur erhalten, indem sie Berufung gegen das Urteil einlegt. Wird nämlich ein Prozeßhindernis vor der Rechtskraft des Urteils beseitigt, so kann dies noch im laufenden Verfahren berücksichtigt werden. Tut man dies nicht, so ist mit der Rechtskraft des Urteils endgültig festgestellt, daß ein Verfahrenshindernis für die Aburteilung eines weiteren Straftatbestandes vorgelegen hat, obwohl dies in Wahrheit nicht zutraf. Ein verurteilendes Erkenntnis verbraucht also nur ausnahmsweise dann nicht die Strafklage, wenn ein Verfahrenshindernis, das der Aburteilung eines weiteren in der angeklagten Tat enthaltenen Deliktes entgegenstand, nachweisbar nach der Rechtskraft des Urteils behoben wird; denn im Unterschied zum Freispruch kann das verurteilende Erkenntnis nicht verbindlich feststellen, daß ein Prozeßhindernis überhaupt nicht mehr beseitigt werden kann. Für die Privatklagedelikte bedeutet dies: Legt die Staatsanwaltschaft nicht unverzüglich gegen das Strafurteil Berufung ein, wenn der Verletzte noch vor der Rechtskraft des Urteils den fehlenden Strafantrag nachholt, so wird mit der Rechtskraft des Urteils gleichzeitig entschieden, daß hier kein öffentliches Interesse an der Verfolgung des Privatklagedeliktes gemäß § 376 StPO besteht. Nur der Verletzte könnte dann noch selbständig sein Recht im Wege der Privatklage verfolgen, denn mit der impliziten Feststellung im Urteil, daß ein Strafantrag nicht vorliegt, ist dem Verletzten nicht wie im Falle des Freispruchs das Antrags- und Privatklagerecht abgesprochen worden, auch wenn in Wirklichkeit schon vor der Rechtskraft des Urteils der Strafantrag gestellt war. Das gleiche gilt, wenn das Gericht selbst von einem wirksamen Strafantrag ausgeht, aber mangels öffentlichen Interesses rechtlich gehindert ist, das Privatklagedelikt mit abzuurteilen.

Die Konklusion des Reichsgerichts im 11.Band[102], der Privatklageberechtigte verliere in jedem Falle sein Genugtu-

102) Vgl. oben S.272

ungsrecht, falls das Gericht das Privatklagedelikt mangels öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung nicht mit aburteilt, folglich dürfe das Gericht erst gar nicht das öffentliche Interesse nach § 376 StPO prüfen,krankt somit an einer falschen Prämisse.Schon das vorangegangene Reichsgerichtsurteil im 3.Band[103] hätte einer nachträglichen öffentlichen Klage der Staatsanwaltschaft gemäß § 376 StPO nicht generell den Satz "ne bis in idem" entgegenhalten dürfen. Der Strafantrag war in dem entschiedenen Fall offenbar nach der Rechtskraft des Urteils gestellt worden. So wäre es richtig gewesen,in die Prüfung eines hinreichenden Verdachts eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung einzutreten (§ 203 StPO) und die Eröffnung des Hauptverfahrens gegebenenfalls gemäß § 204 StPO abzulehnen.

Das Reichsgericht führt nun in seiner Entscheidung im 11. Band noch ein letztes Argument dafür an,daß der Richter nicht das öffentliche Interesse an der Verfolgung eines Privatklagedeliktes prüfen darf. Es meint:"Offenbar ist die Gesetzgebung von der Voraussetzung ausgegangen,daß,sobald ein und dieselbe Handlung den Charakter sowohl eines nur öffentlich verfolgbaren wie den eines auch durch Privatklage verfolgbaren Deliktes an sich trage,der erstere Charakter die ganze Tat beherrsche und das öffentliche Interesse,welches überhaupt die Verfolgung des fraglichen Reats gebiete,diese Verfolgung auch in ihrer Totalität,also einschließlich der in der Tat mitenthaltenen Beleidigung oder Körperverletzung erheische"[104]. Ob die Gesetzgebung wirklich hiervon ausgegangen ist, erscheint sehr fraglich. Letztlich kommt es aber auf eine objektive Auslegung des Gesetzes an.Diese gebietet durchaus eine getrennte Betrachtungsweise, zumal mit der Einführung des § 153 StPO im Jahre 1924 eine weitere Abstufung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung

---

103) Vgl. den Text zu Anm.92

104) RG 11,128 (129/130)
Zustimmend Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 374 Erl.8

und zwar innerhalb der Offizialdelikte geschaffen worden ist. Während bei Übertretungen und Offizialvergehen eine Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 StPO nur in Betracht kommt, wenn die Täterschuld und die Tatfolgen unter dem berechtigten Durchschnitt vergleichbarer Verfehlungen liegen, besteht bei den Privatklagedelikten schon dann ein Verfahrenshindernis für die öffentliche Klage, wenn es sich um eine durchschnittliche Verfehlung handelt. Nicht selten wird es vorkommen, daß eine Übertretung gemäß § 153 Abs.1 StPO geringfügig ist, das ideell konkurrierende Privatklagedelikt, weil es sich immerhin um ein Vergehen handelt,nicht wegen Geringfügigkeit im Sinne des § 383 Abs.2 S.1 StPO eingestellt werden könnte, mangels öffentlichen Interesses gemäß § 376 StPO aber auch nicht verfolgt werden dürfte. Eine geringfügige Übertretung und ein nicht ganz geringfügiges Privatklagedelikt ergeben zusammen noch kein öffentliches Interesse im Sinne des § 376 StPO. Erst recht vermag eine durchschnittliche Übertretung nicht ein geringfügiges Privatklagedelikt über die Höhenmarke des öffentlichen Interesses gemäß § 376 StPO zu heben.

Die h.M. läßt allerdings eine getrennte Betrachtungsweise der Delikte im Hinblick auf § 153 StPO nur bei Tatmehrheit, nicht aber bei Tateinheit und Fortsetzungszusammenhang zu[105]. In den Fällen des Fortsetzungszusammenhangs geht es in der Tat nur um die Frage, ob eine wiederholte Begehung desselben Deliktes die Schuld des Täters oder die Folgen der Tat derart vergrößert, daß ein öffentliches Interesse an der Bestrafung besteht. Wer z.B. regelmäßig bettelt, dessen Rechtsverletzungen sind nicht mehr gering, wer hingegen Blumentöpfe auf die ungesicherte Fensterbank zu stellen pflegt, kann durchaus noch wegen Geringfügigkeit gemäß § 153 Abs.1 StPO unverfolgt bleiben. Hier verbietet sich von selbst eine Trennung der einzelnen Akte des Fortsetzungszu-

---

105) Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.14; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.8; Müller, KMR, § 153 Anm.2a

sammenhangs unter dem Gesichtswinkel des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Im Falle der Idealkonkurrenz handelt es sich aber um verschiedene Rechtsgutsverletzungen, für die nicht nur gemäß §§ 153 Abs.1, 153 Abs.2, 376 StPO, § 232 Abs.1 StGB verschiedene Einstellungsvoraussetzungen gelten, sondern die auch innerhalb dieser Deliktsgruppen je nach dem für das einzelne Delikt ermittelten berechtigten Durchschnittsmaß unterschiedliche Einstellungsbedingungen haben. Nun darf man hier nicht, wie im Falle der Realkonkurrenz, bei einer getrennten Betrachtung stehen bleiben, denn die Schuld erstreckt sich ja hier auf ein und dieselbe Handlung. Man muß sich daher fragen, ob die mit der höheren Strafe bedrohte Rechtsverletzung durch die hinzutretende weitere Rechtsgutsverletzung die Höhenmarke des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gemäß §§ 153 Abs.2, 376 StPO, § 232 Abs.1 StGB erreicht. Letztlich handelt es sich wie beim Fortsetzungszusammenhang um eine Addition von Schuld- und objektiven Tatelementen, nur mit unterschiedlich ermittelten Summanden. Man darf also keineswegs mit dem Reichsgericht im 11.Bande davon ausgehen, daß ein ideell konkurrierendes Offizialdelikt ohne weiteres ein öffentliches Interesse an der Verfolgung des tateinheitlichen Privatklagedeliktes gemäß § 376 StPO begründet.

Die Argumente des Reichsgerichts halten somit alle der kritischen Nachprüfung nicht stand. Zudem beziehen sie sich in der Hauptsache auf den schwierigen Fall der Idealkonkurrenz zwischen einem Offizialdelikt und einem Privatklagedelikt. Sie können deshalb, auch wenn sie diesbezüglich richtig wären, nicht ohne weiteres auf den Fall angewendet werden, wo die Staatsanwaltschaft ausschließlich ein Privatklagedelikt gemäß § 376 StPO verfolgt. Ist demnach nichts gegen eine gerichtliche Kontrolle des öffentlichen Interesses an der Verfolgung von Privatklagedelikten einzuwenden, so läßt sich andererseits auf Grund des Gesetzes positiv nachweisen, daß der Richter das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung prüfen muß.

Das Verbot der Klagerücknahme gemäß § 156 StPO bezeichnet in Verbindung mit den §§ 155 Abs.2 und 264 StPO die bedeutsame Scheidelinie zwischen der Sach- und Rechtsherrschaft der Staatsanwaltschaft und der des Gerichtes. In den Motiven heißt es hierzu[106]: "Ihr (der Staatsanwaltschaft) steht zwar die Initiative der Strafverfolgung zu; hat sie aber einmal das Richteramt mit einer Klage befaßt, so entspricht es eben so sehr dem Wesen einer Strafsache als der Würde des strafrichterlichen Amtes, daß der Fortgang der Sache dann nicht mehr dem einseitigen Ermessen der Staatsanwaltschaft unterstellt bleiben darf, die Klage vielmehr durch richterliche Entscheidung ihre Erledigung finden muß". Nach der Erhebung der öffentlichen Klage unterliegen also alle Sach- und Rechtsfragen allein der Beurteilung des Gerichts. Daß muß auch für die Frage gelten, ob die Allgemeinheit ein Interesse an der Bestrafung gemäß § 376 StPO hat; denn schließlich ergibt sich ja erst auf Grund der Hauptverhandlung mit voller Klarheit, ob ein solches öffentliches Interesse besteht oder nicht besteht. Durch § 156 StPO ist die Staatsanwaltschaft aber gehindert, die Klage zurückzunehmen, wenn sie nunmehr ebenfalls erkennt, daß sich der Verdacht eines öffentlichen Interesses an der Bestrafung nicht bestätigt hat. Wollte man also dem Gericht untersagen, das öffentliche Interesse zu prüfen und gegebenenfalls das Verfahren gemäß § 260 Abs.3 oder § 206a StPO einzustellen, so käme man wie das Reichsgericht in seiner besagten Entscheidung im 11. Band zu dem völlig untragbaren Ergebnis, daß der Richter den wegen eines Privatklagedeliktes im Offizialverfahren Angeklagten entgegen seiner eigenen Überzeugung selbst dann verurteilen muß, wenn der Staatsanwalt erklärt, er halte nach dem bisherigen Ergebnis der Hauptverhandlung nicht mehr das öffentliche Interesse für beteiligt, oder er habe sich in der Annahme des von ihm vorausgesetzten öffentli-

---

106) Hahn, Materialien, S.88/147

chen Interesses von Anfang an geirrt[107].

Die Einführung des § 153 Abs.3 StPO hat diese Ungerechtigkeit kaum gemildert. Zwischen der Erheblichkeit der Tat gemäß § 376 StPO und der Geringfügigkeit gemäß § 153 StPO klafft eine große Lücke, in der ja der Durchschnitt der Verfehlungen liegt.Es stellt doch einen Verstoß gegen das Gesetz dar, wollte man durchschnittliche Privatklagedelikte entweder gemäß § 376 StPO verfolgen oder nach Abs.2 bzw. Abs.3 des § 153 StPO einstellen. Mithin kann allein dem Gesetze genüge getan werden, wenn der Richter das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 376 StPO prüft. Nur wenn man bei der Auffassung beharrt, der Begriff "öffentliches Interesse" in § 376 StPO sei ein Ermessensbegriff, dürfte der Richter in dem der Staatsanwaltschaft zustehenden Ermessensspielraum nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Staatsanwaltes setzen, müßte aber gleichwohl die engen Grenzen dieses Ermessens überprüfen. Indes handelt es sich hier um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Der Richter hat also unbeschränkt das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 376 StPO als Prozeßvoraussetzung zu würdigen, wie überhaupt der Richter durch den Prozeßgesetzgeber von 1877 in keiner Vorschrift an die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft hinsichtlich irgendeiner Voraussetzung für die Verurteilung des Täters gebunden worden ist.

Daraus ergeben sich nun folgende Konsequenzen: Klagt die Staatsanwaltschaft ein Privatklagedelikt gemäß § 376 StPO an, so hat das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 204 StPO abzulehnen, wenn kein hinreichender Verdacht für ein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters ersichtlich ist. Der nicht mehr anfechtbare Beschluß hat für die Staatsanwaltschaft beschränkte Rechts-

---

107) so RGSt 11,128 (131);
ebenso Isenbart-Samter,Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 1893, § 416 Anm.10; Bennecke, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1895, § 416 Anm.10

kraftwirkung nach § 211 StPO. Der Verletzte kann hingegen ohne weiteres Privatklage erheben[108], denn mit dem Beschluß ist noch nicht notwendig über den hinreichenden Tatverdacht entschieden worden. Hierüber beschließt der Richter erst verbindlich für den Verletzten gemäß § 383 Abs.1 StPO auf erhobene Privatklage hin. Eröffnet das Gericht auf Antrag des Privatklägers das Hauptverfahren, so kann die Staatsanwaltschaft die Privatklage nach § 377 Abs.2 StPO nur übernehmen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel für ein öffentliches Interesse an der Bestrafung aufgetaucht sind.

Ist die öffentliche Klage wegen des Privatklagedeliktes gemäß § 203 StPO zugelassen worden, so muß der Richter in der Hauptverhandlung das Verfahren durch Urteil nach § 260 Abs. 3 StPO, außerhalb der Hauptverhandlung durch Beschluß gemäß § 206a StPO einstellen , wenn sich der Verdacht eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung nach § 376 StPO nicht bestätigt hat. Der Verletzte kann nunmehr wegen des Privatklagedeliktes noch die Privatklage erheben. Hierfür würde es nicht etwa an einem Rechtsschutzbedürfnis fehlen, insofern der Verletzte sich ja am Offizialverfahren als Nebenkläger hätte beteiligen können. Der Nebenkläger hat die gleiche prozessual schlechte Stellung gegenüber dem Angeklagten wie der Privatkläger. Solange die Staatsanwaltschaft die Sache im öffentlichen Verfahren betreibt, kann dem Verletzten deshalb nicht ohne weiteres angesonnen werden, sich als Nebenkläger dem Verfahren anzuschließen. Für die Staatsanwaltschaft stellt die nicht mehr anfechtbare Einstellung des Offizialverfahrens hingegen eine endgültige Entscheidung über das Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Bestrafung dar, so daß sie später auch nicht mehr das Privatklageverfahren übernehmen kann, wenn sich in diesem neue Tatsachen und Beweismittel hinsichtlich des öffent-

---

108) a.A. OLG Köln, NJW 1952,1152;
Sarstedt, Lö-Ro, § 375 Anm.5; Müller, KMR, § 375 Anm.3b; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 375 Anm.3A

lichen Interesses ergeben.

Gehört ein Privatklagedelikt zu einem einheitlichen Vorgang, der gemäß § 264 StPO zur Entscheidung des Gerichtes gestellt ist, unabhängig davon, ob die Staatsanwaltschaft ausdrücklich das Privatklagedelikt mit den Offizialdelikten angeklagt hat oder nicht, so gelten die gleichen Grundsätze wie bei dem Prozeßhindernis des fehlenden Strafantrags. Ist der Angeklagte wegen eines Offizialdeliktes zu verurteilen, so fällt das Privatklagedelikt bei fehlendem öffentlichen Interesse gemäß § 376 StPO einfach unter den Tisch. Der Verletzte kann hier wiederum noch Privatklage wegen des ausgeschiedenen Privatklagedeliktes erheben. Stand das Privatklagedelikt allerdings in Idealkonkurrenz zu dem abgeurteilten Offizialdelikt, so muß der Richter, der über die Eröffnung des Hauptverfahrens auf die nunmehr erhobene Privatklage hin gemäß § 383 Abs.1 StPO entscheidet, bei seiner Beschlußfassung prüfen, ob das abgeurteilte Offizialdelikt im Vergleich zu dem Privatklagedelikt mit der schwereren Strafe bzw. schwereren Strafart bedroht war (vgl. § 73 StGB). Ist das der Fall, so muß die Privatklage nach § 383 Abs.1 S.1 StPO zurückgewiesen werden, da nach § 73 StGB keine gesonderte Strafe mehr für das Privatklagedelikt ausgeworfen werden kann[109]. Der Fall liegt nicht anders, als wenn das Privatklagedelikt von dem abgeurteilten Offizialdelikt infolge Gesetzeskonkurrenz konsumiert worden wäre. Für eine solche Zurückweisung der Privatklage in den Fällen der Idealkonkurrenz wird sich aber kaum Gelegenheit bieten, denn nur selten wird ein Privatklagedelikt so geringfügig sein, daß es nicht durch die gleichzeitige Verwirklichung einer Strafnorm mit einer schwereren Strafdrohung über die Höhenmarke des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gemäß § 376 StPO gehoben wird, so daß es im Offizialverfahren

---

109) Die Ausscheidung des Privatklagedeliktes erlangt hier nur insofern Bedeutung, als es bei der Aburteilung des Offizialdeliktes nicht als Erschwerungsgrund für die Strafzumessung berücksichtigt werden darf, wie dies nach der h.M. bei ideell konkurrierenden Delikten geschehen mag (vgl. RGSt 22,393; OLG Hamburg, JR 1951,86; Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, § 73 Anm.2 A c)

mit abzuurteilen ist. In den Fällen der Realkonkurrenz kommt dagegen immer eine Erhöhung der für das Offizialdelikt bereits festgesetzten Strafe in Betracht (vgl. § 74 StGB). Hier ist also stets bei hinreichendem Tatverdacht die nachträglich erhobene Privatklage zuzulassen.

Bestätigt sich in der Hauptverhandlung weder der Tatverdacht des Offizialdeliktes, noch der des Privatklagedeliktes, so hat der Richter den Angeklagten freizusprechen. Ist nur das Offizialdelikt freispruchreif, so muß der Richter das Verfahren gemäß § 260 Abs.3 StPO einstellen, wenn er mangels öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung (§ 376 StPO) gehindert ist, den Angeklagten wegen des Privatklagedeliktes zu bestrafen. Wird dem Angeklagten ein Offizialdelikt und ein Privatklagedelikt im Offizialverfahren nachgewiesen und ergibt sich die Frage der Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO, so sind auch im Falle der Idealkonkurrenz Offizialdelikt und Privatklagedelikt gesondert in dem oben bezeichneten Sinne zu betrachten. Besteht kein öffentliches Interesse an der Verfolgung des Privatklagedeliktes (§ 376 StPO), so kann das Gericht, wenn das Offizialdelikt geringfügig ist (§ 153 StPO), das Verfahren nach § 260 Abs.3 oder § 153 Abs.3 StPO einstellen. Dogmatisch richtiger wäre allerdings die Einstellung gemäß § 260 Abs.3 StPO. Beide Entscheidungen haben jedoch die gleiche materielle Rechtskraftwirkung, so daß dem Privatklageberechtigten kein Schaden entsteht, wenn das Gericht einen Beschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO erläßt. Auch in diesem Falle kann der Verletzte noch Privatklage erheben[110], denn das Gericht war rechtlich gehindert, über das Verfahrenshindernis der Privatklage, die Geringfügigkeit der Schuld

---

110) Ebenso OLG Naumburg, HRR 1(1925),261. Fuhrmann bei Dalcke, § 153 Anm.8 und § 376 Anm. 2 ; Feisenberger, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1926, § 153 Anm.7; anders dagegen § 376 Anm.1 für den Fall, daß nach § 376 angeklagt war.
Dagegen offenbar nur in diesem Falle wollen u.a. Kohlrausch, Strafprozeßordnung 1936, § 376 Anm.2 und Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 376 Erl.5 eine neue Privatklage zulassen; a.A. Hagemann, JR 1929,119; Reitberger, NJW 1963,2261

(§ 383 Abs.2 S.1 StPO), eine Sachentscheidung zu treffen, weil mangels der höherwertigen Prozeßvoraussetzung des Offizialverfahrens (§ 376 StPO) diese Frage gar nicht erst zur Entscheidung anstehen konnte[111]. Die Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO ist hinsichtlich des Privatklagedeliktes auch nicht mit einem Freispruch zu vergleichen, denn materiell enthält sie ja wie die Einstellung gemäß § 260 Abs.3 StPO die Feststellung, daß der Angeklagte sich schuldig gemacht hat, aber seiner Verurteilung eben ein Verfahrenshindernis entgegensteht. Umgekehrt verbraucht aber der das Privatklageverfahren nach § 383 Abs.2 S.1 StPO einstellende Gerichtsbeschluß die Strafklage wegen eines im Tatvorwurf in Wirklichkeit mitenthaltenen Offizialdeliktes, da der Richter ja in jeder Phase des Verfahrens den Sachverhalt mit auf ein Offizialdelikt untersuchen und gegebenenfalls das Privatklageverfahren nach § 389 Abs.1 StPO einstellen mußte.

Wenn der Verletzte sich dem Offizialverfahren als Nebenkläger anschließt, tauchen alle diese schwierigen Probleme nicht auf. Der Verletzte könnte sein Recht als Privatkläger ausüben (§ 397 Abs.1 StPO) und in dem Raum zwischen Geringfügigkeit und Erheblichkeit des Privatklagedeliktes selbständig auf die Bestrafung des Täters hinwirken. Das Gericht wäre dann auch nicht gehindert, das Verfahren wegen des Privatklagedeliktes gemäß § 153 Abs.3 unter der Voraussetzung des § 383 Abs.2 S.1 StPO einzustellen. Ferner würden alle Entscheidungen des Gerichts zugunsten des Angeklagten ihre Wirkung auch gegenüber anderen Privatklageberechtigten ausüben (§ 375 Abs.3 StPO).

---

111) Vgl. auch oben S.139

III.

Die Überprüfung der Einstellungsvoraussetzungen von Übertretungen und Vergehen

Hinsichtlich der Prüfungszuständigkeit für die einzelnen Einstellungsvoraussetzungen gemäß § 153 StPO werden in der Lehre und Rechtsprechung die verschiedensten Ansichten vertreten, wobei man durchaus nicht immer von der Rechtsnatur der unbestimmten Begriffe in § 153 StPO ausgeht. So hält z.B. Eb.Schmidt[112] die Begriffe "geringe Schuld" und "unbedeutende Folgen der Tat" ebenso wie das "öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" für Ermessensbegriffe, will aber gleichwohl den Begriff "öffentliches Interesse" allein dem Ermessen der Staatsanwaltschaft anheimstellen, während Heinitz[113] als Einstellungsvoraussetzungen gemäß § 153 StPO nur die "geringe Schuld" und die "unbedeutenden Folgen der Tat" anerkennt, den unbestimmten Rechtsbegriff "unbedeutende Folgen" aber ausschließlich der Beurteilung der Staatsanwaltschaft vorbehalten und nur den unbestimmten Rechtsbegriff "geringe Schuld des Täters" der Kognition des Gerichtes überlassen will.

Nach der h.M. müssen das Gericht und die Staatsanwaltschaft bei der Einstellung von Übertretungen gemäß § 153 Abs.3 StPO und von Vergehen gemäß § 153 Abs.2 oder 3 StPO eine einverständliche Entscheidung über die Frage der "geringen Schuld" und der "unbedeutenden Folgen der Tat" treffen. Hingegen soll das "öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" für eine Übertretung allein von der Staatsanwaltschaft zu prüfen sein[114]. Daraus wird gefolgert, daß der Richter das Ver-

112) Lehrkommentar II,§ 153 Erl.6 u.Lehrkommentar I,Randnr. 396; ebenso Niese, SJZ 1950,897

113) Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.334

114) Bumke, a.a.O.,S.74; Gerland,a.a.O.,S.161; Kohlhaas, GA 1956,249; ders. Lö-Ro,§ 153,Anm.5 u.13; Fuhrmann bei Dalcke,§ 153 Anm.4; Müller, KMR,§ 153 Anm.6 b bb;

fahren wegen einer Übertretung gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellen "muß", wenn die Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren das öffentliche Interesse nunmehr verneint und man im übrigen darüber einig ist, daß die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind[115]. Andere meinen jedoch, das Gericht könne auch einen Einstellungsantrag der Staatsanwaltschaft ablehnen, wenn es ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung für gegeben hält[116]. Die überwiegende Meinung verlangt wenigstens bei der Einstellung von Vergehen im Vorverfahren (153 II) oder im Hauptverfahren (153 III) eine übereinstimmende Auffassung des Gerichtes und der Staatsanwaltschaft bezüglich der angeblichen Opportunitätsfrage "kann"[117]. Hier sind diejenigen in der Minderheit, die den Richter auch bei Vergehen nur darüber entscheiden lassen wollen, ob die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind[118]. Diese Autoren geben dann auch der Staatsanwaltschaft[119] und dem Beschuldigten[120] ein Beschwerderecht gegen die Versagung der Zu-

---

OLG Hamburg, HRR 1930,Nr.947; BayObLGSt 1949/51, Nr.196 u.197; OLG Köln, MDR 1957,182

115) Müller, KMR, § 153 Anm.6 b bb mit Verweis auf BayObLG, Urt.v.7.11.1951,Rev.Reg.Nr.III 552/51. Das unveröffentlichte Urteil betrifft aber die Frage nicht im entscheidenden Punkt, wie Reinhold Weber versichert (NJW 1966, 1241,Fußn.6). R.Weber stimmt jedoch a.a.O. dem Kommentar von Müller-Sax (KMR) zu.

116) So Kiesow, a.a.O.,§ 153 Anm.8

117) Ostler, Diss.1931,S.89,92; Betz, Diss.1934,S.63 f.; Stratmann, Diss.1938,S.56; Eb.Schmidt,Lehrkommentar I,§ 153 Erl.12 u.Lehrkommentar II,Randnr.396; Kohlhaas, Lö-Ro,§ 153 Anm.8; Warda, a.a.O.,S.96

118) So Schäfer-Hartung,a.a.O.,S.153 Anm.9; Klann,JR 1930, 140

119) Bumke, a.a.O.,S.75; Schäfer-Hartung,a.a.O.,§ 153 Anm.8; Kiesow,a.a.O.,§ 153 Anm.7 (mit Bedenken); Doerr,Strafprozeßordnung,1927, § 153 Anm.zu Abs.2

120) Schäfer-Hartung, a.a.O.,§ 153 Anm.8

stimmung des Gerichts zur Einstellung gemäß § 153 Abs.2 StPO, da die Staatsanwaltschaft allein darüber befinden dürfe, ob sie aus "Opportunitätsrücksichten" einstellen will. Jedenfalls gibt man aber nach der Neufassung des § 153 StPO durch das StPÄG von 1964 dem Gericht die Befugnis, das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" bei Vergehen gemäß § 153 Abs.2 oder 3 StPO entgegen dem Willen der Staatsanwaltschaft zu verneinen[121]. Dagegen verweigert man nach wie vor dem Gericht die Kontrolle über das "öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" bei einer angeklagten Übertretung[122].

Eine nicht geringe Meinung unterstellt demgegenüber das "öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung"der Beurteilung des Gerichts[123], wobei man § 153 Abs.1 StPO für eine Prozeßvoraussetzung[124], eine materiellrechtliche Vorschrift[125] oder nur für eine Ermessensbestimmung hält[126], jedoch ausdrücklich das Gericht von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung von Übertretungen gemäß § 153 Abs.3 StPO entbindet[127]. Das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren gilt danach nur für die Einstellung von Vergehen.

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es bei der Einstellung von Vergehen im Vorverfahren gemäß § 153 Abs.2 StPO

---

121) R.Weber, NJW 1966,1243,der dort in Fußnote 31 auf BGH, Beschl.v.30.12.1965 - 1 BJs 19/65 verweist.

122) R.Weber, a.a.O.

123) Mannheim, JW 1924,1648; ders.JW 1925,1001; Albrecht Weber, Diss.1953,S.45

124) Lobe, GS 96 (1928),S.42; Johann,Diss.1931,S.84; Warda, a.a.O., S.96

125) Hagemann, JR 1929,118

126) Stratmann, Diss.1938,S.58; H.W.Schmidt, SchlHA 1961, 326

127) Hagemann, JR 1929,118; Kieper, Diss.Kiel 1934,S.17 (Zitat nach Stratmann, Diss.1938,S.49,Anm.49); H.W.Schmidt, SchlHA 1961,326; Warda, a.a.O.,S.96

und von Übertretungen und Vergehen im Hauptverfahren nach § 153 Abs.3 StPO ausschließlich darauf an, ob die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Eine sogenannte Opportunitätsfrage gibt es weder bei den Übertretungen, noch bei den Vergehen. Es ist nun nicht einzusehen, warum das Gericht nicht gleichermaßen die Schuld des Täters wie die Folgen der Tat zu beurteilen hat. Heinitz[128] meint zwar, der Staatsanwalt könne "die allgemeinen, nicht auf den Einzelfall beschränkten Folgen der Tat besser übersehen als der Richter". Die Staatsanwaltschaft kann aber doch ohne weiteres dem Gericht darlegen, daß eine Übertretung z.B. eine entsprechende Anreizwirkung auf potentielle Täter ausübt, weil die Verfehlung sich in einem bestimmten Bezirk in einem gewissen Zeitraum gehäuft hat. Das Gericht kann und muß dann selbständig darüber befinden, ob das öffentliche Interesse aus generalpräventiven Gründen die Bestrafung des Täters gebietet. Das Gesetz ist keineswegs davon ausgegangen, daß der Richter für eine solche "kriminalpolitische" Entscheidung nicht zuständig ist. Bei den Strafverfügungen muß der Amtsrichter sogar ohne diesbezüglichen Vortrag der Staatsanwaltschaft gemäß § 413 Abs.5 StPO darüber urteilen, ob eine Übertretung nach § 153 Abs.1 StPO einzustellen ist.

Fraglich erscheint nur, ob das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft zur Einstellung im Hauptverfahren auch für Übertretungen gilt, oder sich auf Vergehen beschränkt. Mit Ausnahme des Entwurfs von 1919 haben alle Vorentwürfe die Einstellung im Hauptverfahren wegen Geringfügigkeit der Tat von dem entsprechenden Antrag des Staatsanwalts abhängig gemacht[129]. Die Rechtsfigur der notwendigen staatsanwaltlichen Zustimmung zu einer Gerichtsentscheidung, wobei die Initiative eindeutig in den Händen des Gerichtes liegt, ist zum ersten Male in § 32 Abs.2 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16.2.1923[130] aufgetaucht. Diese Vorschrift

---

128) Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.334
129) Vgl. oben S.172 ff.
130) RGBl.I, S.135,252

lautete in Abs.2:

> "Mit Zustimmung des Jugendrichters kann die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der Klage absehen, wenn bereits eine Erziehungsmaßregel angeordnet worden ist und weitere Maßnahmen nicht erforderlich sind, oder wenn anzunehmen ist, daß das Gericht nach § 9 Abs.4 von Strafe absehen wird. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens beschließen".

Diese Regelung begründete der Entwurf des Jugendgerichtsgesetzes von 1920/22[131] damit, ein Strafverfahren sei "zwecklos", "wenn die für die Beurteilung der Sache in Betracht kommenden Stellen, Staatsanwalt und Jugendrichter übereinstimmend der Ansicht sind, daß gegen den Jugendlichen nichts zu veranlassen sein wird, weil bereits eine Erziehungsmaßregel angeordnet und weitere Maßnahmen nicht erforderlich sind, oder weil ein besonders leichter Fall vorliegt und zu erwarten ist, daß das Gericht von Strafe absehen wird. Je nachdem, ob die Klage schon erhoben ist oder nicht, soll das Gericht, unter Umständen also auch das Berufungsgericht, mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft oder die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Jugendrichters das Verfahren einstellen".

Die Bestimmung des § 32 JGG diente der Lex-Emminger von 1924 offensichtlich als Vorbild für die Kompetenzverteilung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Einstellung gemäß § 153 StPO[132]. Zur Sicherung einer gleichmäßigen und gerechten Strafverfolgung hielt der Gesetzgeber des Jugendgerichtsgesetzes es für die beste Lösung, die Einstellung des Verfahrens gegen einen Jugendlichen von der übereinstimmenden Auffassung des Gerichts und der Staatsanwaltschaft abhängig zu machen. Das Zustimmungserfordernis

---

131) Verhandlungen des Reichstages Nr.5 171,S.21,§ 30(32)
132) Vgl. Bumke, a.a.O.,S.18

des Gerichtes im Vorverfahren korrespondierte deshalb notwendig mit dem Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren. Die gleiche Regelung finden wir in § 153 StPO nur bei den Vergehen. Bei den Übertretungen ist die Staatsanwaltschaft und die Polizei[133] jeweils selbständig ohne Zustimmung des Gerichtes zur Einstellung berufen. Die Lex-Emminger glaubte hier auf das System gegenseitiger Hemmnisse von Staatsanwaltschaft und Gericht verzichten zu können, weil sie grundsätzlich von dem Bagatellcharakter der Übertretungen ausging. Ist aber eine Zustimmung des Gerichtes im Vorverfahren nicht erforderlich, dann bedarf es erst recht keiner Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung einer Übertretung im Hauptverfahren; denn gemäß § 155 Abs.2 StPO ist das Gericht im Hauptverfahren zu einer unabhängigen Beurteilung aller Rechtsfragen berufen. Die Durchbrechung dieses Grundsatzes durch § 153 Abs.3 StPO gilt also nur für Vergehen, da bei diesen die Geringfügigkeit schon wegen des schwereren Deliktscharakters meist sehr zweifelhaft sein wird, so daß der Gesetzgeber wie im Jugendgerichtsgesetz eine einverständliche Entscheidung für die beste Lösung hielt.

Es kann m.E. nichts daraus hergeleitet werden, daß in § 153 Abs.3 StPO nicht ausdrücklich das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft auf die Einstellung von Vergehen beschränkt ist. Der Gesetzgeber von 1924 hat sich bewußt von dem Entwurf Schiffer aus dem Jahre 1923 abgesetzt, der das Verfolgungsverbot von Übertretungen im Hauptverfahren ausdrücklich "auf Antrag der Staatsanwaltschaft" durchsetzen wollte[134]. Vorbild hinsichtlich der Übertretungen war allein der Entwurf von 1919. Dieser sah für die Einstellung von Übertretungen im Hauptverfahren weder einen Antrag noch eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft vor, sondern gab der Staatsanwaltschaft lediglich eine sofortige Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluß. Zwar steht nun-

---

133) Vgl. dazu unten S.356 ff.
134) Vgl. oben S.181

mehr in § 153 Abs.3 letzter Halbsatz: "der Beschluß kann nicht angefochten werden". Dies gilt aber nur für den Angeklagten[135]. Auf die Staatsanwaltschaft kann sich der Rechtsmittelausschluß schon deswegen nicht beziehen, weil sie ja der Einstellung von Vergehen nicht zuzustimmen braucht, wenn sie anderer Auffassung ist wie das Gericht. Stellt das Gericht das Vergehen dennoch ein, so hat die Staatsanwaltschaft eine einfache Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluß[136]. Das Gesetz verbietet es also auch nicht, daß der Staatsanwalt gegen die Einstellung einer Übertretung die einfache Beschwerde erhebt, wenn er die Voraussetzungen für die Einstellung gemäß § 153 Abs.1 StPO nicht für vorliegend erachtet und es im übrigen nicht auf seine Zustimmung zur Einstellung ankommt. Die sachgerechte Interpretation des Abs.3 in Verbindung mit Abs.1 des § 153 StPO gebietet es somit zwingend,das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren auf die Einstellung von Vergehen zu beschränken. Diese Auslegung ist um so erforderlicher, als der Amtsrichter bei den Strafverfügungen auch nicht an die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung des Verfahrens wegen einer Übertretung gemäß § 413 Abs.5 i.V.m. § 153 Abs.1 StPO gebunden ist[137]. Als weitere Konsequenz dieser Interpretation ergibt sich, daß der Richter die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen einer Übertretung gemäß § 204 StPO ablehnen muß, wenn die Voraussetzungen für die Einstellung nach § 153 Abs.1 StPO vorliegen.

Ob das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren bei der Einstellung von Vergehen eine

---

135) Vgl. unten S.355 f.

136) h.M., sowohl bei Vergehen wie bei Übertretungen. Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.24; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.15; Müller, KMR,§ 153 Anm.6 ee; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 153 Anm.4 A; LG Osnabrück, NJW 1956, 883

137) Das amtsrichterliche Strafverfügungsverfahren gem.§ 413 StPO ist durch das Vereinheitlichungsgesetz v.12.9.1950 (BGBl.I,S.455) an Stelle des bis 1945 allgemein geltenden polizeilichen Strafverfügungsverfahrens eingeführt worden.

glückliche Lösung darstellt, muß stark bezweifelt werden. Es hat jedenfalls nicht an Stimmen gefehlt, die es wieder abgeschafft wissen wollen[138]. Das Jugendgerichtsgesetz von 1923 war ein denkbar schlechtes Vorbild für die Lex-Emminger von 1924. Erteilte der Staatsanwalt nämlich dem Jugendrichter nicht die Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens, so konnte dieser im Urteil immer noch von Strafe absehen; denn § 9 Abs.4 JGG lautete damals: "Ist die Tat ein Vergehen oder eine Übertretung, so kann in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden". Im Falle der Einstellung von Vergehen gemäß § 153 Abs.3 StPO kann der Richter aber nicht am Ende doch noch seiner Überzeugung treu bleiben, daß kein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters besteht; denn er darf hier nicht von Strafe absehen, sondern muß sich der Ansicht der Staatsanwaltschaft beugen und eine, wenn auch geringe Strafe aussprechen[139]. Dies hat offenbar der Gesetzgeber von 1924 nicht recht bedacht, als er die Regelung des § 153 Abs.3 StPO wohl nicht zuletzt deshalb traf, um die weiteren Instanzen, die bei einer Alleinentscheidung des Gerichts notwendig werden, auf diese Weise zu sparen. Gleichwohl ist das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft zur Einstellung eines Vergehens im Hauptverfahren gültiges Recht geworden. Unter dem

---

138) Töwe, GS 108 (1936),S.151, weil "es sich hier um die Art einer Beendigung des Verfahrens handelt, die sich praktisch anderen Einstellungsmöglichkeiten anschließt".
Neuerdings wieder: Roesen, NJW 1958,1814; H.W.Schmidt, SchlHA 1961,326;
vgl. auch Lobe,GS 96(1928),S.43

139) Nach dem Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1919 sollte das Gericht auch im normalen Strafverfahren bei allen Übertretungen (§ 414) und bestimmten Vergehen in besonders leichten Fällen, wenn "der verbrecherische Wille des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind, so daß selbst die vom Gesetze bei mildernden Umständen angedrohte Strafe noch eine unbillige Härte bedeuten würde"(§ 116),von Strafe absehen dürfen. Das Jugendgerichtsgesetz von 1923 hat diese Regelung im wesentlichen für das Jugendstrafverfahren übernommen (vgl. Bumke,a.a.O.,S.72), während sich die Lex-Emminger für die bessere prozessuale Lösung im normalen Strafverfah-

Bonner Grundgesetz muß man jedoch den Abs.3 des § 153 StPO in einem neuen Licht sehen, was weiter unten gezeigt werden soll.

Man hat auch kritisiert, daß der Staatsanwalt an die Zustimmung des Gerichts zur Einstellung eines Vergehens im Vorverfahren gemäß § 153 Abs.2 StPO gebunden ist. Insbesondere nach 1933 ist neben dem nationalsozialistischen Argument, daß der Idee des autoritären Führerstaates das System der gegenseitigen Hemmnisse von Staatsanwalt und Gericht nicht entspreche [140], die dogmatische Begründung aufgetaucht, daß aus dem Grundsatz klarer Aufgaben- und Verantwortungsabgrenzung das Vorverfahren der alleinigen Herrschaft des Staatsanwalts zu überlassen sei[141]. Man sah deshalb sogar

---

ren entschieden und die Geringfügigkeit des Deliktes zum Prozeßhindernis gemacht hat, ohne daraus allerdings die erforderliche Konsequenz zu ziehen, daß nur der Richter hierüber entscheiden darf.

140) Vgl. Exner, ZStrW 54 (1935)S.5 f., und auch die weiteren Nachweise bei Faden, Diss.1948, S.18 f.,34.

141) Töwe, GS 108 (1936), S.151;
vorher schon Lobe, GS 96 (1928),S.43, der das Zustimmungserfordernis des Richters gem.§ 153 Abs.2 StPO ablehnt, weil der Richter damit "zu einem Organ der Strafverfolgung gemacht und ihm eine Entschließung zugeschoben(wird), die außerhalb seines Amtskreises liegt". Vgl. auch neuerdings Dünnebier, JZ 1961,312 f., der bei der Einstellung eines Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO als Essentiale nicht die gerichtliche Entscheidung, sondern die staatsanwaltliche Zustimmung ansieht, weil die Aufgabenteilung zwischen Klagen und Urteilen "bewirkt, daß das Gericht auf die Klage zu entscheiden hat, aber nicht über sie verfügen darf". Es bestünden gegen § 153 Abs.3 StPO "sachlich keine Bedenken, wenn man die Zustimmung der Staatsanwaltschaft richtig als ihre Verfügung über die Klage erkennt". Es ist richtig, daß der Richter über die Klage verfügen würde, so er sein Ermessen "an die Stelle" des Anklageermessens der Staatsanwaltschaft setzt. Wo aber Staatsanwaltschaft und Gericht wie im Falle des § 153 StPO gleichermaßen an das ius cogens gebunden sind, ist die gerichtliche Entscheidung das Essentiale. Bei den Übertretungen kommt es zudem allein auf die Beurteilung des Richters an, ohne daß man für diese Auslegung schon das Verfassungsrecht - wie hinsichtlich der Vergehen - bemühen müßte.

das Klageerzwingungsverfahren als systemwidrig an[142]. Durch die Rechtskontrolle der Einstellungsverfügung des Staatsanwalts wird das Gericht aber noch lange nicht zu einem "Organ der Strafverfolgung". Gerade bei den Vergehen mit ihrem größeren Unrechtscharakter ist die Zustimmung des Gerichtes zur Einstellung der Staatsanwaltschaft als rechtsstaatliche Garantie gegen eine eventuelle Willkür der Staatsanwaltschaft durchaus erforderlich.

IV.

Das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" gemäß § 232 Abs.1 StGB als Antrags- und Prozeßvoraussetzung

In neuerer Zeit haben sich wiederholt die Gerichte mit der Erklärung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft befassen müssen. Die h.M. steht gleichwohl nach wie vor auf dem Standpunkt, daß der Richter das besondere öffentliche Interesse an der Verfolgung einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung gemäß § 232 Abs.1 StGB nicht prüfen darf[143]. Während aber die Rechtsprechung des Reichsgerichts die nachträgliche Verneinung des besonderen öffentlichen Interesses nur als Zustimmung der Staatsanwaltschaft

---

142) Gallas, ZStrW 58 (1939), S.650 f.
Die Vereinfachungsverordnung v.13.8.1942 (RGBl.I, S.508) beseitigte denn auch das Klageerzwingungsverfahren und das Zustimmungserfordernis des Amtsrichters zur Einstellung eines Vergehens gem. § 153 Abs.2 StPO.

143) Mühlhaus, JZ 1952,170; Kohlhaas, NJW 1954,1793; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 376 Erl.4; Müller, KMR, § 376 Anm.1b; Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, § 232, Anm.1 C;
RG,DR 1940,1671; DR 1943,139; RGSt 77,17 (20); OLG Hamm v.11.6.1951, VRS 4,39(43); OLG Stuttgart, Urt.v.20.6.1952, JR 1953,348; BGH Beschl.v.26.5.1961, BGHSt 16,225 (228); OLG Hamm, JVBl.1962,114

zur Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO gelten lassen wollte[144], hat der Bundesgerichtshof sich nunmehr zu der Auffassung bekannt, daß der Richter das Verfahren gemäß § 260 Abs.3 oder § 206a StPO wegen eines Prozeßhindernisses einstellen muß, wenn die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung im Hauptverfahren, und sei es noch in der Revisionsinstanz, verneint[145].

Neben dieser h.M. werden die verschiedensten Ansichten vertreten. K.-H.Vogel will den § 232 Abs.1 StPO in folgenden Wortlaut umdeuten: "Die Verfolgung leichter vorsätzlicher sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§ 223,230) tritt nur auf Antrag ein, es sei denn, daß ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht". Das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung als unbestimmter Rechtsbegriff und nicht die entsprechende Erklärung der Staatsanwaltschaft sei die Prozeßvoraussetzung, so daß der Richter das Verfahren gegen den Willen der Staatsanwaltschaft gemäß § 260 Abs.3 oder § 206a StPO einstellen könne, oder andererseits den Täter verurteilen dürfe, auch wenn die Staatsanwaltschaft nachträglich das besondere öffentliche Interesse verneint hat[146]. Das OLG Celle überprüft im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung auf Ermessensfehler hin[147].

---

144) RGSt 77,72

145) BGHSt 19,377(380). Zur Entscheidung stand hier allerdings eine andere Frage.

146) K.-H.Vogel, NJW 1961,763;
zustimmend Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 232 Anm.3; ebenso Weigelt, DAR 1961,163

147) OLG Celle,Beschl.v.3.10.1960, NdsRpfl 1960,259; für eine gerichtliche Überprüfung des "unbestimmten Rechtsbegriffs mit Beurteilungsspielraum" im Verfahren nach §§ 23 ff.EGGVG auch Thierfelder,DVBl.1961,119; ebenso Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit,1962,§ 42 Anm.IV 3a. Vgl.ferner den Vorlegungsbeschluß des OLG Bremen,MDR 1961,167, der eine Rechts- oder Ermessensnachprüfung im Verfahren nach §§ 23f.EGGVG oder unmittelbar im

Eine Ermessensnachprüfung nimmt auch das OLG Köln vor, aber im ordentlichen Verfahren[148]. H.v.Weber läßt den Richter die Eröffnung des Hauptverfahrens mangels eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ablehnen, aber das einmal eröffnete Hauptverfahren ohne Rücksicht darauf durchführen,ob sich der Mangel des besonferen öffentlichen Interesses erst in der Hauptverhandlung herausstellt[149]. Schließlich sieht Lüke[150]das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 232 Abs.1 StGB als Voraussetzung für die Strafantrags- und Klagebefugnis der Staatsanwaltschaft an, das der Strafrichter unter Beachtung des "Beurteilungsspielraums" der Staatsanwaltschaft "in vollem Umfange nachzuprüfen hat".

Hauptverfahren dahingestellt sein läßt, jedenfalls eine gerichtliche Überprüfung bejaht und deshalb einen schriftlichen Bescheid der Staatsanwaltschaft fordert, der dem Beschuldigten und dem Verletzten zuzustellen ist.

148) OLG Köln, NJW 1952,1307
Das OLG Köln prüft hier, ob die Staatsanwaltschaft überhaupt von ihrem Ermessen, das nur auf den Einzelfall abgestellt sein kann, Gebrauch gemacht hat,oder lediglich auf Grund einer bindenden Anweisung des Behördenchefs, das besondere öffentliche Interesse für eine Gruppe von Körperverletzungen immer zu bejahen, die öffentliche Klage erhoben hat. Die Entscheidung des OLG Köln hat in der Sache insoweit Zustimmung gefunden, als man allgemein eine auf den Einzelfall abgestellte Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft verlangt. Offenbar will man sich aber nicht dazu verstehen, dem Gericht auch die Befugnis zu geben, das Verfahren mangels einer entsprechenden Ermessensausübung der Staatsanwaltschaft einzustellen. (In der Entscheidung des OLG Köln hatte der Generalstaatsanwalt das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung noch in der Revisionsinstanz für den Einzelfall erklärt.)

149) MDR 1963,170;
vgl.auch Schäfer, Lö-Ro, Einl.S.60, der aber auch das erkennende Gericht das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" prüfen lassen will.

150) JuS 1961,211;
vgl. auch H.W.Schmidt, SchlHA 1962,73, der zwischen den Lösungen von K.-H.Vogel und Lüke schwankt.

Die öffentliche Klage wegen des "besonderen öffentlichen Interesses" an der Verfolgung einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung gemäß § 232 Abs.1 StGB unterscheidet sich in einem wesentlichen Punkt von der öffentlichen Klage gemäß § 376 StPO, die wegen der gleichen Privatklagedelikte aus einem einfachen "öffentlichen Interesse" erhoben wird. In dem zweiten Fall klagt die Staatsanwaltschaft auf Grund des Strafantrags des Verletzten an. Durch die Rücknahme des Strafantrages seitens des verletzten Angehörigen, welchem nach § 232 Abs.2 StGB allein ein Rücknahmerecht zusteht, wird der Staatsanwaltschaft daher wieder die Klagebefugnis entzogen. In dem erste Falle erhebt sie, legitimiert durch das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung", unabhängig von den Interessen des Verletzten die öffentliche Klage. Nun würde man hierin noch keinen so entscheidenden Unterschied erblicken können, wenn § 232 Abs.1 StGB entsprechend dem Wortlaut des § 376 StPO von der "Erhebung der öffentlichen Klage" wegen eines besonderen öffentlichen Interesses sprechen würde. § 232 Abs.1 StGB handelt aber nur von dem Strafantrag des Verletzten. Dieser ist ausnahmsweise dann nicht erforderlich, wenn "die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten erachtet". Die Formulierung läßt darauf schließen, daß das Gesetz die Strafverfolgungsbehörde unter der Voraussetzung des besonderen öffentlichen Interesses in die Rechte des Verletzten eingesetzt hat, mit der Wirkung, daß die Staatsanwaltschaft statt des Verletzten die Bestrafung des Täters "beantragen" darf. Wie der Antrag des Verletzten ist also die "Erklärung" des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft eine Prozeßvoraussetzung[151], und entsprechend das Fehlen dieser Er-

---

151) Mühlhaus, JZ 1952,172; Kohlhaas, NJW 1954,1793; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., Einl.6 C a;
BGH 6,282 = LM Nr.1 zu § 232 StGB; BGH 16,225 (231); BGH 19,377

klärung ein vom Gericht zu beachtendes Prozeßhindernis, das zur Einstellung des Verfahrens gemäß § 260 Abs.3 oder § 206a StPO führen muß.

Gleichwohl ist damit noch nicht gesagt, daß der Richter das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nicht auch selbständig als Sachurteilsvoraussetzung prüfen muß. Bei einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung steht es im Belieben des Verletzten, auf die Bestrafung des Täters hinzuwirken, indem er Strafantrag stellt. Die Staatsanwaltschaft verfolgt aber im Unterschied zum Verletzten keine eigenen Interessen, sondern die Interessen der Allgemeinheit, wenn sie wegen eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung die Bestrafung des Täters beantragt. Die "Erklärung" der Staatsanwaltschaft hat also eine rechtliche Beurteilung der Tat unter dem Gesichtspunkt des Reaktionsbedürfnisses der Allgemeinheit zur Voraussetzung. Das Gericht muß daher prüfen können, ob die "Erklärung" der Staatsanwaltschaft, wenn sie formell vorliegt, auch materiell richtig ist. Somit ist das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" eine vom Gericht zu beachtende Voraussetzung für das Antragsrecht der Staatsanwaltschaft. Der Bundesgerichtshof spricht zwar in seinem Beschluß vom 26.5.1961[152] davon, daß Prozeßvoraussetzung die "wirksame" Erklärung des Verfolgungsinteresses durch die Staatsanwaltschaft sei, läßt aber das Gericht die Wirksamkeit der Erklärung nicht auf ihre materielle Richtigkeit überprüfen. Zu diesem Ergebnis kommt der Bundesgerichtshof deshalb, weil er das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" für einen Ermessensbegriff hält und dem Angeklagten noch nicht einmal ein Recht auf einen richtigen Gebrauch des angeblichen Ermessens der Staatsanwaltschaft einräumt. Das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" ist jedoch ein unbestimmter Rechtsbegriff. Warum sollte also die Staats-

---

152) BGH 16,225 (231)

anwaltschaft mit bindender Wirkung für das Gericht diesen Begriff allein auslegen und auf den Einzelfall anwenden dürfen?

Die amtliche Begründung der Verordnung vom 2.4.1940[153] sagt weder etwas zu der Frage, ob die "Erklärung" des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft eine Prozeßvoraussetzung sein soll, noch etwas dazu, ob das Gericht die Antragsvoraussetzung der Staatsanwaltschaft prüfen darf. Zu der letzteren Frage glaubt allerdings Freisler[154] den eindeutigen Willen des Gesetzgebers von 1940 zu erkennen, wenn er schreibt: "So drang die Meinung durch, man solle das Antragserfordernis zwar aufrecherhalten, ihm aber die Befehlsgewalt über den Staatsanwalt nehmen und andererseits diesem die Möglichkeit geben, bei öffentlichem Strafbedürfnis auch ohne Strafantrag einzuschreiten und die Bedürfnisfrage - unnachprüfbar - selbst autoritativ zu entscheiden". Es soll nicht geleugnet werden, daß man unter den damaligen politischen Verhältnissen wohl kaum daran gedacht hat, dem Gericht die Kontrolle über die Erklärung der Staatsanwaltschaft einzuräumen. Indes herrschen heute andere Vorstellungen über das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Gericht. So hat das Bundesverfassungsricht in seinem Urteil vom 19.3.1959[155] der Strafkammer, bei der die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift wegen der "besonderen Bedeutung des Falles" gemäß § 24 Abs.1 Nr.2 oder 3 GVG eingereicht hat, ohne weiteres die Befugnis zugesprochen, auf Grund ihrer anderen Auffassung über diesen unbestimmten Rechtsbegriff das Hauptverfahren vor dem Amtsgericht zu eröffnen[156]. Der Wortlaut des § 232 Abs.1 StGB verbietet es jedenfalls nicht, daß der Richter die durch die Erklärung des Staatsanwalts geschaf-

---

153) DJ 1940,508
154) DJ 1940,531
155) BVerfGE 9,223
156) Vgl. nunmehr den § 209 Abs.2 StPO, der durch das StPÄG von 1964 entsprechend geändert worden ist.

fene Prozeßvoraussetzung auf ihre materielle Richtigkeit hin prüft. Zweifel hieran mögen zwar noch auf Grund der Tatsache bestehen, daß der Richter auch unter den strengen Voraussetzungen des § 153 StPO das Verfahren wegen eines Vergehens nicht entgegen der Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft einstellen darf. Diese Zweifel werden aber letztlich ausgeräumt werden durch die verfassungsrechtliche Interpretation der Befugnisse der Staatsanwaltschaft und des Gerichts.

Der Richter muß also das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 232 Abs.1 StGB schon im Zwischenverfahren beachten und gegebenenfalls die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 204 StPO ablehnen. Im Hauptverfahren kommt eine Einstellung gemäß § 260 Abs.3 oder 206a StPO in Betracht. Meist wird aber im Zeitpunkt der Urteilsfällung die Strafantragsfrist des Verletzten verstrichen sein, so daß der Angeklagte dann in der Hauptverhandlung freizusprechen ist. Gehört die fahrlässige oder leichte vorsätzliche Körperverletzung zu einem einheitlichen Vorgang, der nach § 264 StPO zur Entscheidung des Gerichtes steht, so gelten die gleichen Regeln für die nun zu treffende Entscheidung, die bei dem Fehlen eines öffentlichen Interesses gemäß § 376 StPO erörtert worden sind.

Das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" unterliegt nun einer doppelten Kontrolle in der Weise, daß zur Verurteilung eines Angeklagten eine übereinstimmende Auffassung von Staatsanwalt und Gericht über das Vorliegen dieser Prozeßvoraussetzung erforderlich ist. Ob dem Gesetz die einmal abgegebene Erklärung der Staatsanwaltschaft genügt, oder ob diese bei dem Erlaß des Urteils noch bei Bestand sein muß, steht allerdings noch dahin. Jedenfalls ist für die Verurteilung des Angeklagten eine "irgendwie positive" Erklärung der Staatsanwaltschaft Voraussetzung, daß sie wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gemäß § 232 Abs.1 StGB

die Bestrafung des Täters begehrt[157]. Das gilt auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft wegen einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung (§§ 223,230 StGB) Anklage erhebt; denn sie kann ja irrtümlicherweise einen wirksamen Strafantrag des Verletzten annehmen und allein in Abhängigkeit von diesem den Täter gemäß § 376 StPO und nicht nach § 232 Abs.1 StGB verfolgen wollen[158].Hat die Staatsanwaltschaft nach § 223 StGB wegen eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung angeklagt und kommt nur eine Verurteilung des Täters wegen einer fahrlässigen Körperverletzung (§ 230 StGB) in Betracht, so ist ebenso nicht einzusehen, warum das Gericht ohne weiteres davon ausgehen kann, daß die Staatsanwaltschaft das "besondere öffentliche Interesse" auch für den leichteren Schuldvorwurf bejaht. Hier muß das Gericht ebenfalls auf eine entsprechende Erklärung des Staatsanwaltes hinwirken[159]. Insbesondere ist dies erforderlich, wenn die Frage des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung erst in der Hauptverhandlung auftaucht[160],

---

157) OLG Hamburg,Urt.v.3.12.1947, HESt 1,99; OLG Stuttgart, Urt.v.25.7.1952, JR 1953,349; Oehler, JZ 1956,630; Schönke-Schröder,a.a.O.,§ 232 Anm.7.
Eine solche Erklärung ist dagegen nicht erforderlich, wenn die Staatsanwaltschaft nur nach § 376 StPO verfolgen will, denn hier ist ja das öffentliche Interesse unmittelbar eine Prozeßvoraussetzung; so im Ergebnis OLG Oldenburg, GA 1959,187

158) So Oehler, JZ 1956,630; Schönke-Schröder,a.a.O., § 232 Anm.7;
a.A.KG,Urt.v.13.12.1950,VRS 3,128; BayObLGSt 1951, 577, das in der bloßen Beantragung eines Strafbefehls eine hinreichende Erklärung erblickt; ferner BGHSt 6,282; ebenso Sarstedt, Lö-Ro,§ 376 Anm.2b; Eb. Schmidt, Lehrkommentar II,§ 376 Erl.4; Müller, KMR, § 376 Anm.1b; Schaefer bei Ebermayer, LK,§ 232 Anm. I 2.; Schwarz-Dreher,a.a.O., § 232 Anm.1 C a

159) a.A. Oehler, JZ 1956,631; Schönke-Schröder, a.a.O., § 232 Anm.7. die meinen, die Staatsanwaltschaft müsse schon etwas Gegenteiliges erklären, wenn der Täter nicht verurteilt werden soll.

160) BGH,Urt.v.3.7.1964, BGHSt 19,377 (379); früher teilweise anders,vgl. dazu Kohlhaas NJW 1956,1188;

sei es, daß das Gericht z.B. entgegen der Auffassung des Staatsanwalts statt einer gefährlichen oder einer schweren Körperverletzung (§§ 223a, 224 StGB) nur eine leichte oder fahrlässige Körperverletzung für vorliegend erachtet, sei es, daß die Staatsanwaltschaft überhaupt unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt als den §§ 223 ff. StGB angeklagt hatte. Eines schriftlichen Bescheides der Staatsanwaltschaft an den Beschuldigten,daß sie gegen ihn wegen eines besonderen öffentlichen Interesses vorgehen wolle, bedarf es entgegen der Ansicht des OLG Bremen[161] jedoch nicht, denn schon das eröffnende Gericht muß nachprüfen, ob ein hinreichender Verdacht eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung besteht. Die Staatsanwaltschaft braucht deshalb auch nicht das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu begründen[162],wenngleich sich dies empfiehlt,will sie nicht Gefahr laufen, daß der Richter die Antragsvoraussetzung verneint. Im übrigen kann die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung noch in der Revisionsinstanz erklären[163].

---

ebenso Kohlhaas, Anm.zum BGH v.1.7.1954, LM Nr.1 zu § 232; ders., NJW 1956,1188; Sarstedt, Lö-Ro, § 376, Anm.2b; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 376 Erl.4; Schaefer bei Ebermayer, LK § 232 Anm.I 2; Schwarz-Dreher, a.a.O., § 232 Anm.1 C b;

a.A. (der Staatsanwalt müsse schon das Gegenteil erklären) RGSt 75,341 (342); 76,3 (8); 77,350 (356)

161) MDR 1961,167, Vorlegungsbeschluß zum BGH. Der BGH hat in seinem Beschluß v.26.5.1961, BGHSt 16,225 die Auffassung des OLG Bremen aus weiteren Gründen zurückgewiesen, zu denen noch unten Stellung genommen wird.

162) Mühlhaus, JZ 1952,172, der jedoch de lege ferenda eine gesonderte und begründete Verfügung der Staatsanwaltschaft, die dem Beschuldigten zuzustellen ist, wünscht. Dies ist jedoch bei der hier vertretenen Ansicht nicht erforderlich.

163) BGH v. 1.7.1954, BGHSt 6,282;
OLG Oldenburg, NJW 1952,989; KG, Urt.v.24.5.1956, VRS 11,208

Nun bleibt noch die Frage, ob die Staatsanwaltschaft die Erklärung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung mit bindender Wirkung für das Gericht bis zur Rechtskraft des Urteils wieder zurücknehmen darf. Es ist unstreitig, daß die Staatsanwaltschaft das bei Klageerhebung bejahte öffentliche Interesse später noch verneinen kann, auch wenn sich nicht die äußeren Umstände verändert haben, sondern nur die Staatsanwaltschaft ihre Ansicht über die Notwendigkeit der Strafverfolgung geändert hat. Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus § 153 Abs.3 StPO, und davon geht auch das Urteil des Reichsgerichts vom 28.5.1943[164] aus. Aber das Reichsgericht zieht a.a.O. aus § 153 Abs.3 i.V.m. § 156 StPO auch den Schluß, daß nach dem Beginne der ersten Hauptverhandlung die Beendigung des Verfahrens nicht auf die einseitige Erklärung der Staatsanwaltschaft hin eintreten kann, sondern das Gericht nur die förmliche Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO unter den dort gegebenen Voraussetzungen beschließen dürfe. Demgegenüber meint das Kammergericht in seinem Urteil vom 3.10.1960[165] zu Recht, der Ausnahmecharakter der Erklärung gemäß § 232 Abs.1 StGB, mit der die Staatsanwaltschaft entgegen den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen selbständig eine Prozeßvoraussetzung zu schaffen befugt ist, ließe es nicht zu, "die Vorschriften, nach denen die Staatsanwaltschaft weder die Klage zurücknehmen noch das bei Gericht anhängige Verfahren einstellen kann (§§ 153 Abs.3, 156 StPO) als Anzeichen dafür zu werten, daß auch die Rücknahme der Erklärung nach § 232 Abs.1 zweiter Satzteil unzulässig sei".

Geht man davon aus, daß die Erklärung der Staatsanwaltschaft gemäß § 232 Abs.1 StPO eine Prozeßvoraussetzung ist, so kann man die aufgeworfene Frage in der Tat nur beantworten, wenn man die entsprechende Regelung bei den Strafanträgen betrachtet. Hier bestimmt § 64 StGB, daß die

---

164) RGSt 77,72
165) NJW 1961,570

Zurücknahme eines Strafantrags nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen und nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zulässig ist. Nun ist § 64 StGB nicht ohne weiteres für behördliche Erklärungen anwendbar, die eine Prozeßvoraussetzung für die Strafverfolgung darstellen. Das Reichsgericht hat allerdings aus dem Schweigen des Gesetzes in Anbetracht der ausdrücklichen Regelung des § 64 StGB den Schluß gezogen, daß eine Rücknahme der Ermächtigung nach § 197 S.2 StGB unzulässig sei[166]. Die Rücknahme anderer behördlicher Erklärungen, wie z.B. die Zustimmung bzw.Anordnung zu einer Strafverfolgung des Täters bei Geheimnisbruch (§ 353b Abs.4), bzw. Vertrauensbruch (§ 353c Abs.6 StGB)wird hingegen für wirksam gehalten[167]. Die unterschiedliche Behandlung der behördlichen Rücknahmeerklärungen mag aus weiteren Gründen gerechtfertigt sein, hier erweist der Sinn und Zweck des § 64 StGB, daß die Vorschrift nicht entsprechend angewandt werden kann auf die Zurücknahme der Erklärung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft.

Das Gesetz hat die Interessenlage des einzelnen Verletzten und der Allgemeinheit in bezug auf die Bestrafung des Täters in § 64 StGB dahin entschieden, daß bei den meisten Antragsdelikten dann, wenn der Verletzte einmal Strafantrag gestellt hat, das Einzelinteresse endgültig hinter dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung zurückstehen muß. Bei der Erklärung der Staatsanwaltschaft gemäß § 232 Abs.1 StGB geht es aber nicht um das Einzelinteresse,sondern von vornherein allein um das öffentliche Interesse. Was für den verletzten Antragsberechtigten gilt, kann demnach nicht entsprechend für den Staatsanwalt gelten,der am Anfang wie am Ende des Verfahrens dem gleichen öffentlichen

---

166) RGSt 33,66 (71)
a.A. Schwarz-Dreher, a.a.O., § 61 Anm.4 A

167) Jagusch bei Ebermayer, LK, § 61 Anm.IX 2

Interesse verpflichtet ist. Das Gesetz hat nun einmal durch § 232 Abs.1 StGB den Grundsatz des § 155 Abs.2 i.V.m. § 264 StPO durchbrochen, indem die Staatsanwaltschaft eine Körperverletzung nach § 223 oder § 230 StGB, die zu einem einheitlichen Vorgang gemäß § 264 StPO gehört, von vornherein der Beurteilung des Gerichtes vorenthalten kann.[168] Sie muß daher auch am Ende des Hauptverfahrens noch verfügungsbefugt über die von ihr geschaffene Prozeßvoraussetzung sein, denn erst dort kann sie sich ja ein verbindliches Urteil über das Vorliegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung bilden.

Die doppelte Kontrolle einer Prozeßvoraussetzung im Hauptverfahren durch Staatsanwalt und Gericht ist in der Strafprozeßordnung einmalig, hat aber in den Fällen des § 232 Abs.1 StGB einen wohlbegründeten Sinn. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht ja nur dann, wenn der Täter eine ganz erhebliche Körperverletzung begangen hat. Stellt der Verletzte trotzdem keinen Antrag auf Bestrafung des Täters, so muß er schon ein beachtliches Interesse daran haben, daß der Täter nicht verfolgt wird. Dieses Einzelinteresse kann aber bei der Verfolgung gemäß § 232 Abs.1 StGB keine Beachtung finden. So bedeutet es denn eine zusätzliche Sicherung für den Verletzten, wenn das Gesetz die Verurteilung des Täters von einer übereinstimmenden Auffassung des Staatsanwalts und des Gerichtes hinsichtlich dieser mitunter recht problematischen Prozeßvoraussetzung abhängig macht. Der Täter selbst verdient zwar nicht einen doppelten Schutz, für den Verletzten als den Tatbetroffenen ist diese doppelte Sicherung aber durchaus zu begrüßen, denn die Verordnung von 1940 hat ihm ja insofern die Verfügungsmacht über sein Strafantragsrecht

---

168) Vgl. BayObLG, MDR 1960,947.
Eine weitere Durchbrechung des § 155 Abs.2 i.V.m. § 264 StPO stellt nunmehr § 154a StPO dar. Aber hier kann das Gericht die ausgeschiedenen Teile einer Tat oder Gesetzesverletzungen jederzeit wieder in das Verfahren einbeziehen (§ 154a Abs.3 StPO).

entzogen. Namentlich der Verletzte, der ein Angehöriger des Täters ist, bedarf dieses besonderen Schutzes. Gleichwohl ist die Rücknahmebefugnis nicht in entsprechender Anwendung des § 232 Abs.2 StGB auf solche Fälle zu beschränken; denn die anderen Verletzten haben das gleiche Interesse daran, daß nach dem Gesetze verfahren wird, und um nichts weiteres geht es ja hier.

Läßt man die weisungsgebundene Staatsanwaltschaft die Erklärung gemäß § 232 Abs.1 StGB noch im weiteren Verfahren zurücknehmen, so kann man die Gefahr einer politischen Manipulation, auf die Oehler[169] aufmerksam macht, nicht ganz verleugnen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß in erster Linie der durch die Straftat Verletzte vor solchen Manipulationen geschützt werden soll. Dieser kann sich aber ohne weiteres schon selbst schützen, indem er Strafantrag stellt. Wenn Oehler weiterhin meint, die Staatsanwaltschaft könne das Vertrauen des Antragsberechtigten auf öffentliche Verfolgung des Täters in die Irre führen, indem sie das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung verneint, nachdem die Strafantragsfrist für den Verletzten verstrichen ist, so muß hier wiederum gesagt werden, daß der Verletzte kein Vertrauen verdient, wenn er von den geeigneten Mitteln, die ihm die Prozeßordnung zur Durchsetzung seines Genugtuungsrechtes zur Verfügung stellt, keinen Gebrauch macht.

Die Staatsanwaltschaft kann mithin das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 232 Abs.1 StGB bis zur Rechtskraft des Urteils noch verneinen und damit dem Verfahren eine Prozeßvoraussetzung wieder entziehen.[170]

---

169) JZ 1956,632

170) OLG Düsseldorf, NJW 1953,236; KG,NJW 1961,569;
OLG Celle, MDR 1961,872; BGH,Urt. v.3.7.1964, BGHSt 19,377 (380)
Mühlhaus, JZ 1952,172; Müller, KMR, § 376 StPO Anm.1b;
Schwarz-Dreher, a.a.O.,§ 232 StGB Anm.1 C b; unklar
Schäfer, Lö-Ro, Einl.S.106;
a.A. (nur Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO möglich)

Die prozessualen Konsequenzen sind dann die gleichen, wie wenn der Richter die Antragsvoraussetzung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gemäß § 232 Abs.1 StGB nicht für gegeben ansieht. Erklärt die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung, sie verneine nunmehr ein öffentliches Interesse an der Verfolgung einer fahrlässigen oder leichten vorsätzlichen Körperverletzung, so kann dies allerdings nicht auch als Zustimmung zu der Einstellung eines mitangeklagten Offizialdeliktes wegen Geringfügigkeit gemäß § 153 Abs.3 angesehen werden, denn schließlich sind die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses nach § 232 Abs.1 StGB und nach § 153 StPO, was den Grad des Verschuldens und der Tatfolgen betrifft, sehr verschieden.[171] Im übrigen wird im nächsten Abschnitt dargelegt, daß es gar nicht auf die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO ankommt.

V.

Die Bejahung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung als Akt der Rechtsprechung

Das Erfordernis der staatsanwaltlichen Zustimmung zur Einstellung eines Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO wirft die grundsätzliche Frage nach dem Standort der Staatsanwaltschaft in unserem heutigen Strafprozeß auf. Scheint doch die Staatsanwaltschaft, indem sie dem Gericht die Rechts-

---

RGSt77,72; OLG Bremen, JZ 1956,663, das aber laut BGH 14,319 (320) seine Auffassung aufgegeben und sich dem KG angeschlossen hat; Kohlhaas, Anm.zu zwei Urteilen des OLG Stuttgart, JR 1953,349 f.; Oehler, JZ 1956,632; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II,§ 376 Erl. 5; Sarstedt, Lö-Ro, § 376 Anm.2b; Schaefer bei Ebermayer, LK,§ 232 Anm.I 2; Maurach, Deutsches Strafrecht, BT, 1964, § 9 I B 1

171) OLG Stuttgart, NJW 1961,1126;
a.A. OLG Karlsruhe, Beschl.v.12.8.1958, VRS 15,356

auffassung hinsichtlich des Fehlens eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung bestätigt,eine richterliche Funktion wahrzunehmen, die gemäß Art.92 GG der "rechtsprechenden Gewalt" vorbehalten ist. Gehört nun die Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art.92 GG? Wenn nicht, ist es eine den Gerichten vorbehaltene Rechtsprechungsaufgabe, verbindlich den unbestimmten Rechtsbegriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" auszulegen und auf den Einzelfall anzuwenden? Wenn ja, käme es künftig nicht mehr auf die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung eines Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO an, und es könnte mit Entschiedenheit festgestellt werden, was in Anbetracht des Wortlautes von § 232 Abs.1 StGB noch nicht ganz zweifelsfrei erschien, daß der Richter das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" gemäß § 232 Abs.1 StGB prüfen muß. Wie steht es endlich mit der Rechtswegegarantie für den Beschuldigten nach Art.19 Abs.4 GG in den Fällen des Anklageermessens?

Die Staatsanwaltschaft ist nach dem Vorbild des französischen ministère public gegen die Mitte des 19.Jahrhunderts überall in den deutschen Staaten eingeführt worden, womit man dem liberalen Gedankengut der Zeit Rechnung trug und den überkommenen Inquisitionsprozeß durch ein anklageförmiges Verfahren ersetzte[172]. Die Reichsjustizgesetze von 1877 haben die Institution der Staatsanwaltschaft für das Deutsche Reich übernommen. Im Gegensatz zum französischen Recht, sowie teilweise auch dem bisherigen deutschen Partikularrecht, wo die Staatsanwaltschaft mit ihrer Aufsichtsbefugnis über die Gerichte eine eigentümliche obrigkeitliche Stellung inne hatte, bestimmte das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877[173] in § 151: "Die Staatsanwälte dürfen richterliche Geschäfte nicht wahrnehmen. Auch darf ihnen

---

172) Vgl. u.a.Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 1932; über das ältere deutsche Fiskalat vgl. Eb.Schmidt, Fiskalat und Strafprozeß,1921

173) RGBl. S.41

eine Dienstaufsicht über die Richter nicht übertragen werden". Die Staatsanwaltschaft selbst wurde als weisungsgebundene Behörde organisiert und letztlich der Dienstaufsicht des Reichskanzlers und der Landesjustizverwaltungen unterstellt[174].

Auf Grund des behördenmäßigen Aufbaus und der Weisungsgebundenheit haben nicht wenige Autoren die Staatsanwaltschaft als eine Verwaltungsbehörde betrachtet[175]. Gegen diese Auffassung spricht, daß die Staatsanwaltschaft nicht den staatlichen Strafanspruch zu "verwalten" hat, sondern im Interesse der Allgemeinheit dafür sorgen muß, daß der Schuldige einer gerechten Bestrafung zugeführt, der Unschuldige aber nicht verfolgt und gegebenenfalls freigesprochen wird. Karl Peters[176] sagt treffend: "Als Justizbehörde übt die Staatsanwaltschaft keine Verwaltungstätigkeit aus, die auf Zweckmäßigkeit, Sicherheit und Ordnung ausgerichtet ist,sondern eine Tätigkeit,die auf Rechtsverwirklichung und Rechtsdurchsetzung geht". Die Staatsanwaltschaft und ihre oberste vorgesetzte Behörde, das Justizministerium,hat also "nicht die vollziehende Macht des Staates, sondern seinen Rechtswillen zu repräsentieren"[177].

---

174) §§ 147,148 GVG a.F.; vgl. nunmehr §§ 146,147 GVG

175) So von Holtzendorff, Rechtslexikon,1881,Artikel: Staatsanwaltschaft,S.742: Die deutsche Staatsanwaltschaft habe nach französischem Muster "das sogenannte Anklagemonopol und übt es lediglich als Verwaltungssache, indem sie, wie andere Verwaltungsbehörden, den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Einschreitens formlos handhabt";
ferner Binding, Abhandlungen II, S.203, 255;
vgl. auch RG,Urt. v.14.3.1924, RGSt 58,105, das die staatsanwaltliche Tätigkeit "nach der gesetzlichen Regelung, die sie im zehnten Titel des GVG gefunden hat", für "einen Teil der staatlichen Verwaltungstätigkeit" hält;
vgl. neuerdings auch die umstrittene BGH-Entscheidung v.23.9.1960, NJW 1960,2346. Der BGH hat dort die Staatsanwaltschaft zur "Exekutive" gerechnet.

176) Strafprozeß, 1952, S.128

177) Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.95

Das war auch die Vorstellung des Gesetzgebers von 1877, als er die Forderung des Justizministers von Savigny, der Staatsanwalt solle "als Wächter des Gesetzes" befugt sein, "bei dem Verfahren gegen den Angeklagten von Anfang an dahin zu wirken, daß überall dem Gesetze ein Genüge geschehe"[178], mit der Vorschrift des § 160 Abs.2 StPO erfüllte. Die Staatsanwaltschaft hat mithin "ihre gesamte Verfolgungstätigkeit und Mitwirkung im Verfahren in unbedingter Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit durchzuführen"[179], also stets einen objektiven Standpunkt einzunehmen[180].

Man hat allerdings aus der Aufgabe der Staatsanwaltschaft, im Strafverfahren Interessen wahrzunehmen, nämlich die der Allgemeinheit und des Staates, gefolgert, daß die Objektivität des Staatsanwalts eine "nicht echte, richterliche Objektivität" ist[181]. Dem kann nicht gefolgt werden. Für das Ermittlungsverfahren bestimmt § 160 Abs.2 StPO ausdrücklich: "Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln". Richtiger Ansicht nach gilt dies auch für das Hauptverfahren[182]. In der Hauptverhandlung muß der Staatsanwalt sachgemäße Anträge stellen. Wenn die Schuld des Angeklagten nicht erwiesen ist, hat er Freispruch zu beantragen und gegebenenfalls zugunsten des Beschuldigten ein Rechtsmittel einzulegen (§ 296 Abs.2 StPO)[183]. Karl Peters[184] spricht insofern von einer "Verteidigungsfunktion der Anklage".

Die Staatsanwaltschaft nimmt deshalb im deutschen Strafverfahren keine Parteistellung ein[185]. Im Gegensatz zum Zivil-

---

178) So in der Denkschrift von 1846 über "Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung", zitiert bei Eb.Schmidt, a.a.O.

179) Eb.Schmidt, a.a.O.,Randnr.96

180) Kern, Strafverfahrensrecht,1965, S.70

181) H.Mayer,GS 104(1934),S.326; ebenso Gärtner,Diss.1964, S.64

182) Henkel, Strafverfahrensrecht, S.186
a.A. Brangsch,NJW 1951,61, der als Anhänger des"Parteiprozesses" auf Grund der systematischen Stellung des

prozeß ist der Strafprozeß nicht kontradiktorisch[186]. Staatsanwalt und Angeklagter streiten nicht miteinander vor dem Gericht in der Weise, daß das Gericht aus These und Antithese eine Synthese zu entwickeln hätte[187]. Der Staatsanwalt darf nicht etwa, um die Wahrheit im dialektischen Denkprozeß zu ermitteln, künstlich eine verschärfte Position oder Negation zu den Argumenten des Angeklagten beziehen und am Schluß der Hauptverhandlung verschärfte Strafanträge stellen, in der Erkenntnis, daß die vom Gericht ausgesprochene Strafe erfahrungsgemäß irgendwo in der Mitte zwischen den Anträgen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft liegt[188]. Soweit die dialektische Denkmethode im Strafverfahren von Nutzen sein kann, müssen die zur Objektivität verpflichteten Prozeßbeteiligten, die Staatsanwaltschaft und das Gericht, in ihrem eigenen Denk-

---

§ 160 Abs.2 StPO meint, die Objektivitätspflicht der Staatsanwaltschaft gelte nur für das Ermittlungsverfahren.

183) K.Peters, Strafprozeß, S.81; Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.96

184) a.a.O., S.165

185) K.Peters, a.a.O.,S.80; Henkel, a.a.O.,S.121 ff.; Eb. Schmidt, a.a.O., Randnr.105 ff.; a.A. von Holtzendorff, Rechtslexikon, 1881, Artikel: Staatsanwaltschaft, S.744; Binding, Abhandlungen II, S.199 ff.,210,255, der aber von einer "relativ großen Interessenidentität" (S.209) des Staatsanwalts und des Beschuldigten ausgeht; vgl. dazu Gärtner, Diss.1964, S.75 f.

186) Auf Grund der Untersuchungsmaxime des Gerichtes ist auch das Privatklageverfahren kein "Parteienstreit" (Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.101). Henkel, a.a.O.,S.132 sieht dagegen im Privatklageverfahren "Elemente des echten Parteiverfahrens".

187) Zur dialektischen Funktion der Schlußanträge vgl. aber Jürgen Meyer, Diss.1965, S.114 ff.

188) Zur Häufigkeit von "Syntheseurteilen" vgl. Meyer, a.a.O.,S.118 ff. Meyer läßt nur innerhalb des Ermessensspielraums einer angemessenen und gerechten Strafe taktische Erwägungen der Staatsanwaltschaft zu (a.a.O.,S.123).

prozeß These und Antithese, Position und Negation, vorwegzunehmen[189]. Für eine "künstliche Parteilichkeit" des Staatsanwalts, im Gegensatz zu der "natürlichen Parteilichkeit"des Verteidigers, ist also in unserem Strafverfahren entgegen Güde[190] kein Raum[191]. Nicht zu Unrecht hat man die Staatsanwaltschaft deshalb auch "die objektivste Behörde der Welt" genannt[192].

Aus allem folgt, daß die Staatsanwaltschaft ungeachtet ihrer behördenmäßigen Organisation ein "Organ der Rechtsprechung" im Sinne des Art.20 Abs.2 GG und damit echter Bestandteil der Dritten Gewalt ist[193]. Auf Grund dessen hatte man die Forderung erhoben, die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft im neuen Richtergesetze zu regeln[194]. Man verlangte sogar, um eine machtpolitische Einflußnahme auf die Entschließungen der Staatsanwaltschaft ein für alle Mal unmöglich zu machen, der Staatsanwaltschaft die völlige Unabhängigkeit zu geben, wie sie für die Richter in Art.97 Abs.1 GG garantiert ist[195]. Das Richtergesetz vom 8.9.1961[196]

---

189) Vgl. Meyer, a.a.O.,S.74

190) DRiZ 1959, 130 ff.;
vgl. auch Gärtner,Diss.1964,S.81, der auf Grund der staatsanwaltschaftlichen Funktion, den Standpunkt der Gemeinschaft bei der Wahrheitsermittlung zur Geltung zu bringen, den prozessualen Parteibegriff aufrechterhalten will (a.a.O.,S.64,82 f.).

191) Vgl. Schwarz-Kleinknecht,a.a.O.,§ 258 Anm.3A: "Der Staatsanwalt muß die Sache nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung wie ein Richter beurteilen ... ohne 'Vorbieten' im Strafmaß"; ebenso Eb.Schmidt,Lehrkommentar II, § 258 Erl.7;
a.A. Gärtner, Diss.1964,S.122

192) Kern, Strafverfahrensrecht, S.70

193) h.M.: Eb.Schmidt, Lehrkommentar I,Randnr.96; Bader, JZ 1956,5; Hofmeister, DRiZ 1958,189 f.; Göbel, NJW 1961,857 f.; Faller, JZ 1961,471; Arndt, NJW 1961, 1617; Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt,1962, S.164;
vgl. auch BVerfG, Urt.v.19.3.1959, BVerfGE 9,288 f .

194) Denkschrift des Deutschen Richterbundes, DRiZ 1955, 255 ff.; Bader, JZ 1956,4 ff.; Eb.Schmidt, DRiZ 1957, 274 ff.; ders.,DRiZ 1959, 17 ff.

hat indes diese Vorschläge nicht aufgegriffen und nur Bestimmungen über die Voraussetzungen der Ernennung zum Staatsanwalt aufgenommen, sowie die Staatsanwälte im förmlichen Disziplinarverfahren den Dienstgerichten für Richter unterstellt (§ 122 DRiG). Damit ist sinnfällig zum Ausdruck gekommen, daß die Staatsanwaltschaft zwar ein "Organ der Rechtspflege" gemäß Art.20 GG ist[197], nicht aber zur "rechtsprechenden Gewalt" im Sinne des Art.92 GG gehört[198].

Gerade diese Klarstellung ist zum Ausgangspunkt einer Kritik geworden, die eine Reihe namhafter Staatsanwälte gegen das Richtergesetz von 1961 erhoben haben. Kohlhaas glaubt im Anschluß an Güde[199], der von der Staatsanwaltschaft als einem "Zwillingsamt des richterlichen Amtes" spricht, im deutschen Strafverfahren ein "Zwillingsgericht" vorzufin-

---

195) Eb.Schmidt, DRiZ 1957,274: Das wäre "diejenige (Radikal-) Lösung, mit der der Sache der Justiz am besten gedient sein würde";
ebenso u.a. Hofmeister, DRiZ 1958,191;
dagegen Siegert, DRiZ 1956,224

196) BGBl.I,1665

197) "Rechtsprechung" in Art.20 Abs.2 GG heißt also richtig verstanden "Rechtspflege";
a.A. Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1961, Art.92 Anm.B 1: "Unbestritten ist, daß die Ausdrücke 'rechtsprechende Gewalt' in Art.92 und 'Rechtsprechung' in Art.20 Abs.2 u.3 GG gleichbedeutend sind".

198) Vgl. die Begründung zu den Regierungsentwürfen eines Deutschen Richtergesetzes vom 4.4.1957 und 12.2.1958, Bundesratsdrucksache Nr.831/57, bzw.40/58, Einl.IV.8, S.14: "Der Staatsanwalt ist ein Organ der Rechtspflege. Trotz seiner engen funktionellen Verbindung mit den Gerichten ist der Staatsanwalt nicht Träger der rechtsprechenden Gewalt".
Vgl. auch den damaligen Bundesjustizminister Neumayer, DRiZ 1956,132: "Die Staatsanwälte sind keine Richter. Aber sie sind ... wesentliche Organe der Rechtsprechung".

199) Die Justiz, 1957, 306

den[200] und zählt deshalb die Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art.92 GG[201]. Schon vorher hatte Görcke[202] die Staatsanwaltschaft dazu um der Richtergleichheit willen gerechnet. Görcke folgerte dies aus der Verpflichtung der Staatsanwaltschaft "zu Legalität und Objektivität". Ferner seien Staatsanwalt und Richter im Strafverfahren wechselseitig voneinander abhängig, wie sich insbesondere aus den beiderseitigen Zustimmungserfordernissen zur Einstellung eines Verfahrens gemäß §§ 153 ff. StPO ergebe. Im übrigen habe der Staatsanwalt auch bei der Einstellung gemäß § 170 Abs.2 StPO "praktisch fast dieselbe Tätigkeit wie der Richter"[203]. Der Staatsanwalt übe daher "eine nicht wegzudenkende Funktion im Rahmen der Rechtsprechung auf dem Gebiete der Strafrechtspflege aus, nicht als Richter, aber wie ein Richter" [204].

Wagner[205] hat sich diesen Ausführungen Görckes in vollem Umfange angeschlossen. Auch Göbel[206] rechnet die Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art.92 GG. Kohlhaas ergänzt die Argumentation dahin, daß der Staatsanwalt rund 80% der bei ihm anhängigen Verfahren einstellt und "insoweit praktisch wie ein Richter - unbe-

---

200) Kohlhaas, DRiZ 1964, 286,288

201) Kohlhaas, Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, 1963,S.46; Wenn der Grundgesetzgeber anderer Meinung gewesen wäre, hätte er dem Art.92 GG den kleinen Satz hinzufügen müssen: "die Staatsanwälte zählen nicht zu den Richtern".

202) ZStrW 73 (1961), S.588,591,606,610

203) a.a.O., S.576

204) a.a.O., S.586
Eine Wesensverschiedenheit zwischen staatsanwaltlicher und richterlicher Tätigkeit leugnet auch Groß, Diss.1963, S.53

205) NJW 1963, 8 ff.

206) NJW 1961,858;
ebenso Groß, Diss.1963, S.71

schadet der geringeren Rechtskraftwirkung und des Fehlens des Strafklageverbrauchs - einen vorweggenommenen Freispruch fällt"[207]. Bei der gegenseitigen Abhängigkeit von Staatsanwaltschaft und Gericht im Strafverfahren handle es sich "nur um einen Ausfluß der gegenseitigen (nicht aber der richterlich einseitigen gegen die Staatsanwaltschaft gerichteten) Kontrolle und Teilung der Verantwortung",was daraus hervorgehe, daß "der Richter in vielen Dingen nicht frei ist"[208]. Er verweist dazu auf die §§ 162, 165 StPO, sowie auf § 126 StPO (nunmehr § 120 Abs.3 StPO), wonach der Richter auf Antrag der Staatsanwaltschaft einen Haftbefehl aufheben "muß"[209]. Ferner müsse der Richter im Falle des § 153 Abs.3 den Angeklagten zumindest bei einem Vergehen verurteilen, wenn der Staatsanwalt die Zustimmung zur Einstellung verweigert. Ebenso sei der Richter an die Bejahung des "besonderen öffentlichen Interesses" durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 232 Abs.1 StGB gebunden. Der Staatsanwalt könne also auch hier einen Schuldspruch erzwingen, "obwohl eine Verfahrensvoraussetzung fehlt"[210].

Aus der Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art.92 GG folgern nun Görcke,Wagner und Kohlhaas, daß das Weisungsrecht der Justizverwaltung gegenüber der Staatsanwaltschaft nach § 147 GVG verfassungswidrig sei[211].

---

207) Kohlhaas, Die Stellung der Staatsanwaltschaft ...,1963, S.41

208) a.a.O., S.43

209) Die drei genannten Bestimmungen sind jedoch die konsequente Durchführung des Grundsatzes, daß die Staatsanwaltschaft Herrin des Vorverfahrens ist, und kein Argument für eine "Teilung der Verantwortung" im Hauptverfahren.

210) Kohlhaas, a.a.O.,S.44,45

211) Görcke, ZStrW 73 (1961),S.606; Wagner, NJW 1963,8 ff.; Kohlhaas, a.a.O., S.66.
Nicht verfassungswidrig sei aber das Weisungsrecht der leitenden Staatsanwälte innerhalb der Strafverfolgungsbehörden, da der Staatsanwalt kein "Richter" sei, ihm also nicht die persönliche und sachliche Unabhängigkeit,

Gegen diese Argumentation wendet sich mit Entschiedenheit Eb.Schmidt[212]. Die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft "zu Legalität und Objektivität" bedeute noch lange nicht Richtergleichheit. Der Staatsanwalt erlasse bei seiner Mitwirkung im Strafverfahren keinen einzigen Akt der Rechtsprechung; denn den Inhalt einer gerichtlichen Sachentscheidung mache "in tatsächlicher Hinsicht der 'Wahrspruch', in rechtlicher Beziehung der 'Rechtsspruch' aus". "Die Bedeutung, die im Hinblick auf diesen Inhalt der gerichtlichen Entscheidung zukommt, zeigt sich in den Wirkungen der Rechtskraft, in Wirkungen, die schon deshalb keiner staatsanwaltschaftlichen Entscheidung zukommen können, weil letztere niemals die Bedeutung eines 'Wahrspruchs' oder die eines 'Rechtsspruchs' zu haben vermag. Denn soweit die Staatsanwaltschaft selbst Entscheidungen, die das Ganze des Verfahrens betreffen, selbständig zu fällen hat (StPO §§ 153 I, 153b, 154 I, 154b I, 154c, 170 II), sind diese Entscheidungen weder inhaltlich noch ihren Wirkungen nach mit gerichtlichen Entscheidungen zu vergleichen. Inhaltlich enthalten sie keinerlei Aussage zur Sache, die einem gerichtlichen Wahrspruch gleichen könnte, da die Staatsanwaltschaft über Tatverdachtsfragen nicht hinauszugehen hat. Gerade deshalb kann es bei ihren Entscheidungen zu keinen Rechtskraftwirkungen kommen[213]. Eb.Schmidt gelangt also auf Grund eines

---

wie sie in Art.97 GG für den Richter statuiert ist, gebühre. Vgl. Wagner, NJW 1963,10:"Diese Behördenleiter stehen im Gegensatz zu den Justizverwaltungen nicht außerhalb, sondern innerhalb der rechtsprechenden Gewalt". Das Substitutions- und Devolutionsrecht der Behördenleiter stelle "nichts anderes dar als die Einhaltung des Instanzenzuges im Rahmen der Staatsanwaltschaft" (vgl.ebenso Görcke, a.a.O.,S.609 f. und Kohlhaas, a.a.O., S.63).
Dagegen mit Recht Eb.Schmidt, MDR 1964,715: Diese Auffassung ist "im Hinblick auf das, was prozeßrechtlich unter Instanzenzug verstanden wird, unhaltbar". "Wer mit dem Satze, daß der Staatsanwalt 'Organ der Rechtsprechung' sei, Ernst machen will, muß das Substitutions- und Devolutionsrecht beseitigen und nicht nur die §§ 146,147, sondern gerade auch den § 145 für verfassungswidrig erklären".

212) MDR 1964,629 ff.,713 ff.
213) Eb.Schmidt, MDR 1964,631

materiellen Begriffs der "Rechtsprechung" im Sinne des Art.92 GG zu dem Ergebnis, daß die Staatsanwaltschaft nicht zur "rechtsprechenden Gewalt" gehöre. Gleichwohl sei sie aber als "Organ der Rechtspflege" Bestandteil der Dritten Gewalt[214].

Der Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" ist jedoch in der Literatur und Rechtsprechung umstritten. Einige wollen Art.92 GG nur formell auffassen. Rechtsprechung im Sinne dieses Artikels solle nur das sein, was das positive Recht dem Richter zur Entscheidung zuweist[215]. Demgegenüber betont das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 10.6.1952[216] mit Recht, daß Art.92 GG keinen Gesetzesvorbehalt kenne, also die Auffassung, nicht jegliche rechtsprechende Gewalt sei den Gerichten anvertraut, sondern sinngemäß nur insoweit, als nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist, mit dem Grundgesetz unvereinbar sei. Der Bundesgerichtshof hat in seinem umstrittenen Urteil vom 21.4.1959[217], in dem es die Strafgewalt der Finanzämter für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärte, festgestellt, aus Art.92 GG ergebe sich zwingend bloß, daß die Rechtsprechung "den Gerichten nicht entzogen und keinem anderen Staatsorgan an ihrer Stelle überantwortet werden darf. Die Richter dürfen nicht von der Rechtsprechung verdrängt und hierbei durch andere staatliche Stellen ersetzt werden. Dagegen schließt es

---

214) Eb.Schmidt, a.a.O., S.632

215) So z.B. Gossrau, NJW 1958,931, der auf Grund der vermeintlichen Unmöglichkeit, den Begriff "rechtsprechende Gewalt" vollständig zu definieren (mit Recht hält er dabei die Definition als "Streitentscheidung" für unzureichend) zu dem Ergebnis kommt, daß "von einem Richtermonopol im Sinne eines durch Art.92 GG für die richterliche Tätigkeit garantierten Umfanges zu sprechen", "irreführend" sei. Nach seiner Ansicht sind aber dem Gesetzgeber aus dem "Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit" Grenzen gezogen, den Umfang der rechtsprechenden Gewalt durch Zuweisung oder Entziehung von Sachgebieten nach Belieben zu bestimmen.

216) OVGE 5,243 (247)

217) NJW 1959, 1230 f.

Art.92 GG nicht schlechthin aus, daß dem gerichtlichen Verfahren ein solches vor einer Verwaltungsbehörde und dem Richterspruch ein Verwaltungsbescheid vorgeschaltet wird, so daß nicht schon der Bescheid der Verwaltungsbehörde, sondern auf Verlangen des Beschuldigten endgültig erst das Urteil des Richters ausspricht, was rechtens ist". Damit hat sich der Bundesgerichtshof auch zu einem materiellen Begriff der Rechtsprechung bekannt, wenngleich seine Entscheidung eine Auseinandersetzung mit den Kriterien dieses Begriffes vermissen läßt[218]. Zu diesem Problem hatte auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 14.10. 1958[219] nicht Stellung genommen, als es das Bußgeldverfahren nach dem Wirtschaftsstrafgesetz vom 26.7.1949 für verfassungsgemäß erklärt hat, weil es bloßes Verwaltungsunrecht und nicht Kriminalunrecht ahnde. Wenigstens hatte es dort aber festgestellt, daß "sicher die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit zu den Funktionen dieser Gewalt (gehört)".

Die h.M. steht denn auch auf dem Standpunkt, daß Art.92 GG nicht nur formelle Bedeutung hat, sondern ein echtes Richtermonopol für die Rechtsprechungsaufgaben darstellt[220]. Schließlich wäre Art.92 GG inhaltsleer, wenn der Gesetzgebung freistehen würde, eine Staatstätigkeit formal als Rechtsprechung oder als Verwaltung zu organisieren[221]. Es kann also weder aus der Unabhängigkeit einer rechtsanwendenden Stelle auf eine Rechtsprechungsfunktion, noch aus der Weisungsgebundenheit einer Staatsbehörde auf eine Verwaltungsaufgabe geschlossen werden, sondern umgekehrt

---

218) Immerhin hatten schon Möllinger, AöR 80 (1955/56), S.290 ff. und Haas, DVBl.1957,372 sich mit dem materiellen Begriff der rechtsprechenden Gewalt auseinandergesetzt und die Verfassungsmäßigkeit der Strafgewalt der Finanzämter in Zweifel gezogen.

219) BVerfGE 8,197 (207);
ebenso läßt es diese Frage offen im Beschluß vom 15.3. 1961, BVerfGE 12,264 (274).

220) Vgl. u.a. Holtkotten in Bonner Kommentar, Art.92, S.3 ff.

221) Vgl. Arndt, Festgabe für Carlo Schmid, 1962, S.9

muß aus der Erkenntnis, daß eine Aufgabe der Rechtsprechung vorliegt, die Unabhängigkeit der zur Entscheidung berufenen Instanz nach Art.92, 97 GG gefordert werden[222].

Über die Abgrenzungskriterien der rechtsprechenden Gewalt zu den anderen Staatsfunktionen ist man sich offenbar noch nicht einig geworden[223]. Friesenhahn[224] meint, der Begriff der Rechtsprechung setze voraus, "daß zwei Parteien vor dem Richter streiten", "das materielle Kriterium der Rechtsprechung (sei also) die Rechtsanwendung zur Entscheidung eines Rechtsstreits"[225]. Gegen diese Definition der Rechtsprechung hat man eingewandt, sie umschließe nicht die Strafgerichtsbarkeit, die doch sicherlich Rechtsprechung sei, denn vor dem Strafrichter würden keine "streitenden Parteien" stehen[226]. Auch seien dem Verfassungsgericht zahlreiche Aufgaben zugewiesen (vgl. z.B.Art. 93 Abs.1 Nr.2 GG), die "die Entscheidung abstrakter Rechtsfragen, die objektive Klärung zweifelhaften Rechts (ohne daß darüber zwischen Parteien gestritten wird) zum Gegenstand haben" und die doch zweifellos Rechtsprechungsaufgaben seien[227]. In der Tat ist deswegen die Definition der Rechtsprechung als "Streitentscheidung" zu eng.

Nach Jahrreis[228] ist die Rechtsprechung eine Gewalt, die

---

222) Ebenso Arndt, a.a.O., S.13;
vgl. auch Görcke, ZStrW 73 (1961), S.588;
offenbar a.A. BVerwGE 8,350 (354)

223) Vgl. z.B. Haas, DVBl.1957,371 f., der auf die Schiedsfunktion, die Kontrollfunktion und die Exekutivfunktion abstellt.

224) in Festschrift für Richard Thoma, 1950,S.27

225) Vgl. auch Weinkauff, DRiZ 1954,227: "Echter Richter ist nur der streitentscheidende Richter".
Dagegen Habscheid, JR 1958,362

226) Eb.Schmidt, Lehrkommentar I,Randnr.9;vorher ebenso Scheuner,Festschrift f.Rudolf Smend,1952,S.279,Anm. 66; Arndt,Festgabe für Carlo Schmid,1962,S.11

227) Wintrich, Festschrift für Hans Nawiasky,1956,S.203; vorher ebenso Scheuner, DVBl.1952,296; vgl. auch Habscheid, JR 1958,362, der meint, das gleiche gelte auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit.

"darin besteht, ein Verhalten an den geltenden Normen zu messen und die Verbindlichkeit des Rechtserkenntnisses zu befehlen". Hamann definiert ebenso die Rechtsprechung im Anschluß an Scheuner[229] als "verbindliche Feststellung bestrittenen, bezweifelten oder gefährdeten Rechts im Einzelfall durch eine hierzu von der Verfassung berufene, selbständige und neutrale Institution, die - selbst normgebunden - allein mit dem Maßstab von Gesetz und Recht die 'Richtigkeit' mißt"[230]. Welcher Art die Verbindlichkeit des Rechtserkenntnisses sein muß, sagt Arndt[231] genauer: "Rechtsprechung ist die verselbständigte und mittels Repräsentation ausgeübte Staatstätigkeit, die für eine - in der Verwirklichung eines bestimmten Sachverhalts begründete - Berechtigung Rechtskraft wirkt, d.h. die Berechtigung als gültig (sogar gesetzesfest) qualifiziert". Diese Rechtskraftwirkung von Gerichtsentscheidungen ist von der Unanfechtbarkeit von Verwaltungsakten, für die sich zum Teil auch die Bezeichnung "Rechtskraft" eingebürgert hat[232], wohl zu unterscheiden. Arndt bemerkt dazu treffend, die Rechtskraft von Verwaltungsakten sei "eine Festigkeit anderer Art und anderen Grades, weil sie sich nur auf die Bindung der Verwal-

---

228) Mensch und Staat, 1957, S.115

229) Festschrift für Rudolf Smend, 1952,S.278 und DVBl. 1952,296

230) Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1961, Art.92 Anm.B 1b. Hamann hält aber die Frage, welche Materien der Rechtsprechung zuzuordnen sind, wegen der Rechtswegegarantie des Art.19 Abs.4 GG für praktisch bedeutungslos.

231) NJW 1959,607, der dabei auf Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925,S.151 ff.,211 ff.,495 ff. zurückgeht. Zustimmend Eb.Schmidt, MDR 1964,630 ff.

232) Vgl. dazu Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1961, S.233 f.

tung selber und der Gerichte beschränkt, nicht aber die Beständigkeit gegenüber der Gesetzgebung bedeutet". Nur eine gerichtliche Entscheidung sei infolge des Art.97 Abs.1 GG "gesetzesfest", die gesetzgebende Gewalt sei dagegen "insoweit stärker als die vollziehende Gewalt", als "sie - im Rahmen des Gleichheitssatzes-eine Gruppe von sonst unanfechtbar gewordenen Verwaltungsakten aufheben und den Beteiligten auf normative Weise mindestens eine bessere Rechtslage gewähren" kann[233].

Eb.Schmidt sieht das materielle Kriterium des Rechtsprechungsbegriffs ebenfalls in der Rechtkraftwirkung, welche zur Voraussetzung habe, "daß ein unabhängiges Gericht bezüglich eines konkreten Sachverhalts einen "Wahrspruch" erarbeitet und an Hand der ihm als 'Urteilsmaßstäbe' dienenden Rechtsnormen einen 'Rechtsspruch' fällt"[234]. Dem ist in vollem Umfange zuzustimmen. Nur kommt es m.E. darauf an, ob der Bürger und der Staat einen solchen "Wahr- und Rechtsspruch" mit "Rechtskraftwirkung" sucht und suchen muß, um im Einzelfall sein Recht verwirklichen zu können.

Hinsichtlich des Zivilprozesses ist es ohne weiteres einleuchtend, daß nur auf Grund eines Gerichtserkenntnisses, das für eine "Berechtigung Rechtskraft wirkt", ein Recht im Wege der Vollstreckung durchgesetzt werden kann. In der Verwaltung, wo der Staat selbst mit seiner hoheitlichen Gewalt Beteiligter ist, kann er sich zur Verwirklichung seiner Rechte in der Regel mit einer Wahrheit des Sachverhalts und einer Richtigkeit des Rechtserkenntnisses begnügen, die nicht die Qualität eines "Wahr- und Rechtsspruchs" hat. Nur soweit der Bürger sich durch eine Maßnahme der Verwaltung in seinen Rechten verletzt fühlt, wird die Notwendigkeit begründet, in einem ordentlichen Gerichtsverfahren von einer neutralen und unabhängigen Instanz die "Berechtigung" des

---

233) Arndt, NJW 1959, 606

234) Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.14

Staates durch einen "Wahr- und Rechtsspruch" zu ermitteln. Das Grundgesetz hat deshalb dem durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten Verletzten nach Art.19 Abs.4 den "Rechtsweg" eröffnet. Der in einem solchen Verfahren ergehende "Wahrspruch" hat noch eine größere Qualität als derjenige im Zivilrechtsstreit; denn weil der Staat in die Rechtssphäre des Bürgers eingreift, muß hier die materielle Wahrheit erforscht werden, während im Zivilprozeß die von den Parteien beigebrachte Wahrheit genügen kann.

Wo aber der Bürger so gravierend in seinen Rechten betroffen wird, wie es durch die staatliche Bestrafung geschieht, da ist von Anfang an ein "Wahr- und Rechtsspruch" erforderlich. Der Staat muß deshalb unmittelbar vor einem Gericht Recht suchen[235], wenn er sein "Recht zur Strafe" verwirklichen will. Die materielle Wahrheit und die Richtigkeit des Rechtserkenntnisses, wie sie zu einem so schweren Eingriff in die Freiheitssphäre des Bürgers unbedingt nötig ist, wird nur auf Grund eines ordentlichen Gerichtsverfahrens von einem unabhängigen Gericht verbürgt. Man muß deshalb Arndt[236] Recht geben, wenn er hier eine "repressive Rechtskontrolle" nach Art.19 Abs.4 GG für unzureichend hält und die Strafkompetenz nur als "präventive Rechtskontrolle" für verfassungsgemäß erklärt. Ein Vorverfahren ist nur zulässig, um eine richterliche Entscheidung entweder vorzubereiten oder zu vermeiden. Unzulässig ist jedoch ein "Ausschaltverfahren", wie es das Finanzamt praktiziert, wenn es sich bei der Bestrafung des Täters mit seiner Entscheidung an die Stelle des Gerichts setzt[237]. Die Strafkompetenz der Finanzämter ist deshalb verfassungswidrig.[238]

---

235) Vgl. dazu auch oben S.114 ff.
236) Festgabe für Carlo Schmid, 1962, S.15 f.
237) Arndt, a.a.O.,S.24
238) Arndt, a.a.O.; ders.,NJW 1959,605 ff.; ders.,NJW 1959, 1230 (Anm.z.Urt.d.BGH v.21.4.1959,a.a.O.); Eb.Schmidt, MDR 1964, 630 Anm.13 stimmt Arndt nunmehr zu. Den verfassungsrechtlichen Bedenken trägt nunmehr eine Regierungsvorlage Rechnung, die das Steuerstrafverfahren vor den Finanzämtern durch ein Strafbefehlsverfahren ersetzen will.

Für unser Problem ergeben sich aus dieser Erörterung folgende Erkenntnisse: Im staatsanwaltlichen Vorverfahren wird kein "Wahr- und Rechtsspruch" erlassen, und es ist auch kein solcher erforderlich. Der Staatsanwalt entscheidet hier nur über den hinreichenden Verdacht einer strafbaren Handlung und bei den Übertretungen und Vergehen zusätzlich noch über den hinreichenden Verdacht eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Sieht er von der Erhebung der öffentlichen Klage ab, so ist bei der Einstellung gemäß § 153 Abs.1 oder 2 StPO hinreichender Tatverdacht erforderlich, anderenfalls müßte das Verfahren gemäß § 170 Abs.2 StPO eingestellt werden. Auch hinsichtlich einer festgestellten Straftat bleibt die Einstellung nach § 153 Abs.1 oder 2 StPO nur eine Verdachtsentscheidung. Sie braucht deshalb nicht von einem unabhängigen Organ der Rechtspflege getroffen zu werden. Konsequenterweise hat die Strafprozeßordnung allen staatsanwaltlichen Einstellungsverfügungen "keinerlei Bestandssicherung zum Schutze des Beschuldigten gewährt".[239] Ihnen kommt nicht "geringere Rechtskraftwirkung", wie Kohlhaas[240] meint, sondern überhaupt keine Rechtskraftwirkung zu. Mit Eb.Schmidt ist daher die These von Görcke[241], Wagner und Kohlhaas, die Staatsanwaltschaft gehöre zur "rechtsprechenden Gewalt" im Sinne des Art.92 GG und das Weisungsrecht der Justizverwaltungen gemäß § 147 GVG sei deshalb verfassungswidrig, zu verwerfen[242].

Man wird aber Kohlhaas zugeben müssen, daß die Staatsanwaltschaft tatsächlich eine richterliche Funktion ausübt, wenn sie dem Gericht die Zustimmung zur Einstellung eines Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO verweigert oder mit bindender

---

239) Eb.Schmidt, MDR 1964,631

240) Die Stellung der Staatsanwaltschaft ...,1963,S.41

241) Dieser gibt selbst zu, daß man die Tätigkeit des Staatsanwalts nicht in die "Rechtsprechung" einordnen kann, wenn man auf die Rechtskraft der Entscheidungen abstellt (ZStrW 73 (1961),S.579 f.

242) Ebenso Sarstedt, NJW 1964, 1753

Wirkung für das Gericht das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" nach § 232 Abs.1 StGB bejaht. Muß das Gericht hier den Täter ohne weiteres verurteilen, so erwächst die Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung mit in Rechtskraft, ohne daß der Richter hierüber alleinverantwortlich entschieden hätte. Das ist jedoch mit Art.92 GG unvereinbar. Eine Entscheidung mit Rechtskraftwirkung über eine Rechtsfrage zu treffen, ist allein Sache eines unabhängigen Gerichts. Man muß also umgekehrt wie Kohlhaas schließen und das Erfordernis der staatsanwaltlichen Zustimmung zur Einstellung eines Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO für verfassungswidrig erklären; denn keineswegs ist die unglückliche Bestimmung des § 153 Abs.3 StPO symptomatisch für die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft.

Damit entfällt auch die Grundlage für das Verbot der Anfechtung dieses Einstellungsbeschlusses (§ 153 Abs.3 letzter Halbsatz), soweit es die Staatsanwaltschaft betrifft. Hinsichtlich der Anfechtungsfrist ist die Interessenlage hier ebenso zu beurteilen wie im Falle der Einstellung eines Privatklageverfahrens gemäß § 383 Abs.2 StPO, wo der Privatkläger nur die sofortige Beschwerde erheben kann. Dem Staatsanwalt steht deshalb zur Überprüfung der Einstellungsvoraussetzungen durch eine höhere Instanz nur die sofortige Beschwerde gemäß § 311 StPO gegen den Einstellungsbeschluß des Gerichts nach § 153 Abs.3 StPO zu. Was bei den Übertretungen schon auf Grund einfacher Auslegung des Gesetzes gefordert werden mußte, gilt nun auf Grund verfassungskonformer Auslegung des § 153 Abs.3 StPO auch für Vergehen, nämlich: das eröffnende Gericht muß schon im Zwischenverfahren den hinreichenden Verdacht eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung eines Vergehens prüfen und gegebenenfalls die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnen. Ferner wird durch die verfassungskonforme Auslegung des § 232 Abs.1 StGB bestätigt, daß der Richter das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" als Sachurteilsvoraussetzung prüfen muß.

Während im Verwaltungsverfahren der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten Verletzte ein subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch nur auf Grund des Art.19 Abs.4 GG geltend machen kann, steht dem Angeklagten, der wider seinen Willen schon in ein Gerichtsverfahren hineingezogen worden ist, ein solches formelles Recht in den Fällen des Anklageermessens bereits nach Art. 92 GG zu. Die Grenzen des Anklageermessens abzustecken, ist eine Rechtsfrage, die der Beurteilung des Gerichts ebenso unterliegt wie andere Rechtsfragen auch. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft innerhalb des Ermessensspielraums erwächst zwar auch mit in Rechtskraft, ohne daß der Richter sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Staatsanwaltschaft setzen dürfte. Das ist aber auch nicht anders im Verwaltungsgerichtsverfahren[243]. Wie dort die Verwaltungsbehörde, ist hier die Staatsanwaltschaft die sachnähere Behörde. Ob in den Fällen der §§ 153b, 154 Abs.1 und 2, 154d StPO der Aufwand für das Verfahren in einem tragbaren Verhältnis zu dem zu erwartenden Erfolg steht, soll in erster Linie die Staatsanwaltschaft als Vertreterin des Staates, der für die Verfahrenskosten in der Hauptsache aufzukommen hat, entscheiden.

Nun hat jedoch der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 26.5.1961, in welchem er das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" gemäß § 232 Abs.1 StGB für eine Ermessensfrage hielt, die Meinung vertreten, die in § 232 Abs.1 StGB normierten Voraussetzungen für die Verfolgung hätten "nicht den Zweck, den Beschuldigten in gewissem Umfange vor der Überziehung mit dem Strafverfahren zu schützen", weil sie weder das Unrecht der Tat noch die Schuld des Täters berührten. Es ginge vielmehr darum, "die in diesem Bereich gebotene Ausnahme vom Legalitätsprinzip in einer bestimmten, den staatlichen Interessen dienenden Weise festzulegen". Auch die Befugnis nach §§ 153 Abs.2 und 3, 383 Abs.2 StPO sei "nicht im Interesse des Beschul-

---

243) Vgl. oben S.72

digten gegeben", "sondern damit Staatsanwaltschaft und Gericht nicht gezwungen sind, Zeit und öffentliche Mittel an Verfahren zu vergeuden, die wegen der Geringfügigkeit des Gegenstandes diesen Aufwand nicht rechtfertigen"[244]. Rechte des Beschuldigten würden also nicht im Spiele stehen, und es käme auch daher keine gerichtliche Überprüfung des "besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" (§ 232 Abs.1 StGB) auf Grund des Art.19 Abs.4 GG in Betracht[245]. "Daß die Staatsanwaltschaft bei ihrer Entscheidung im Einzelfall nach Ansicht der Beteiligten fehlgreifen kann", habe "der Gesetzgeber hingenommen"[246].

Der Bundesgerichtshof würde eine solche Meinung wohl kaum vertreten haben, wenn er das "besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" für eine Rechtsfrage gehalten hätte; denn zweifellos ist ein Angeklagter in seinen Rechten verletzt, wenn er verurteilt wird, obwohl eine Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Die Argumente des Bundesgerichtshofs sind aber nicht zu übersehen für die wirklichen Fälle des Anklageermessens. Indes steht die Auffassung des Bundesgerichtshofs in Widerspruch zu der überwiegenden Meinung,

---

244) BGH 16,225(228).
Wäre das der alleinige Sinn und Zweck des § 153 StPO, so hätte der Gesetzgeber kaum die Einstellungsbefugnis nach § 153 Abs.3 geschaffen, von der noch in der Revisionsinstanz Gebrauch gemacht werden kann, nachdem der ganze Aufwand an Zeit und öffentlichen Mitteln bereits "vergeudet" ist.

245) Ebenso OLG Hamm, JVBl.1962,114.
Diese Grundsätze hat das OLG Hamm (Beschl.v.13.10. 1961 - 1 VAs 25/61 und v.11.1.1965 - 1 VAs 4/65) auch auf die Entschließungen der Staatsanwaltschaft nach §§ 153 Abs.3 und 154 Abs.1 StPO angewandt,laut Altenhain, JZ 1965,758, der dem zustimmt.
Auch Kaiser, NJW 1961,1102 meint, bei dem Begriff "öffentliches Interesse" im Sinne von §§ 153 Abs.1, 376 StPO, § 232 Abs.1 StGB handle es sich nur um einen "Rechtsreflex" für den Beschuldigten.
Gegen diese Auffassung des BGH Thierfelder,NJW 1962, 116 (dort in der Anm.zum Urteil des BGH); ebenso Schäfer, Lö-Ro, Einl. S.60

246) BGH 16,225 (231)

die ohne Rücksicht darauf, ob das jeweilige objektive Recht eine materiellrechtliche causa für ein subjektives Recht abgibt, ein "formelles" subjektives Recht schlechthin auf fehlerfreien Ermessensgebrauch anerkennt[247]. Das gilt sogar für die Fälle, wo die Erfüllung einer "Chance" in das Ermessen der Behörde gestellt ist[248]. Wieviel mehr muß das dort gelten, wo durch die Entschließung eines Rechtsanwendungsorgans, das nicht zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art.92 GG gehört, ein Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers vorgenommen wird. Selbst Forsthoff, der kein allgemeines öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensbestätigung anerkennt, gibt dann ein subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, wenn ein Ermessensfehler den am Verfahren Beteiligten trifft, ohne daß es darauf ankommt, ob die das Ermessen regelnde Norm im Interesse des Beteiligten ergangen ist[249]. Niemand ist aber an einem Verfahren so sehr beteiligt wie der Angeklagte am Strafverfahren.

Ob nun die Normen, die der Staatsanwaltschaft ein Anklageermessen gewähren, auch im Interesse des Beschuldigten ergangen sind oder nicht, der Richter hat im Hauptverfahren gemäß Art.92 GG alle Rechtsfragen und damit auch die Grenzen des Ermessens der Staatsanwaltschaft zu prüfen. Im Mittelpunkt dieser Ermessensüberprüfung steht der Gleichheitssatz (Art.3 GG). Zwar kann sich niemand auf den Gleichbehandlungsgrundsatz in dem Sinne berufen, es müsse zur Wahrung dieses Grundsatzes auch in seinem Falle fehlentschieden werden[250], durch eine rechtmäßige Verwaltungsübung

---

247) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.19 IV Randnr. 36 mit weiteren Nachweisen; u.a. Bachof, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.295

248) Dürig, a.a.O.

249) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1961, S.173/4

250) BayVerfGH v.10.4.1962, VerwRspr.15,Nr.46

oder durch den Erlaß einer Verwaltungsanordnung tritt aber eine Selbstbindung der Verwaltung ein, die es ihr verbietet, von der bisherigen Praxis oder der Anordnung ohne sachlichen Differenzierungsgrund abzuweichen[251]. Das gleiche muß für das Anklageermessen der Staatsanwaltschaft gelten. Eine allgemeine Übung oder die allgemeine Weisung des Generalstaatsanwalts, eine bestimmte Gruppe von Auslandsdelikten nicht zu verfolgen, geben dem Beschuldigten ein Recht darauf, daß in seinem Falle ebenso verfahren wird, wenn seine Tat nicht über dem Durchschnitt gleichartiger Verfehlungen liegt. In den Fällen der §§ 153b, 154 Abs.1 und 2, 154d StPO, wo die Verfolgung davon abhängig gemacht werden darf, ob die Kosten für das Verfahren in einem tragbaren Verhältnis zu der zu erwartenden Strafe stehen, kann der Beschuldigte verlangen, daß nicht ausgerechnet in seinem Falle unverhältnismäßiger Aufwand in Kauf genommen wird. Das Gericht muß in den Fällen der §§ 153b und 154d StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnen oder später noch das Hauptverfahren einstellen, wenn die Staatsanwaltschaft den Täter offensichtlich willkürlich verfolgt, z.B. nur wegen seiner Herkunft oder politischen Anschauungen (vgl. Art.3 Abs.3 GG), während sie einen anderen wegen des gleichen Deliktes laufen lassen würde. Im Falle des § 154 StPO hat das Gericht dagegen ohne weiteres die Möglichkeit, eine fehlsame Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft nicht zu berücksichtigen, indem es die Strafe wegen des mit unverhältnismäßigem Aufwand ermittelten Nebendeliktes "nicht ins Gewicht fallen läßt". Das gleiche gilt für § 154a StPO, wenn die Staatsanwaltschaft gemäß Abs.2 die Zustimmung zur Beschränkung des Verfahrens verweigert. Auch im Falle des § 153a Abs.2 StPO kann das Gericht seiner Überzeugung Geltung verschaffen, indem es im Urteil von Strafe absieht, wenn die Staatsanwaltschaft zuvor der Einstellung des Verfahrens nicht zugestimmt hat.

---

251) Vgl. Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, §114 Randnr.22 mit Rechtsprechungsnachweisen

Wenn die Staatsanwaltschaft nicht nach §§ 153b oder 154b StPO von der Strafverfolgung absieht, so kann der Angeschuldigte sich nicht darauf berufen, daß außenpolitische Erwägungen seine Verfolgung inopportun erscheinen lassen. Umgekehrt muß aber das Gericht prüfen, ob die Staatsanwaltschaft nur aus politischen Gründen den Täter angeklagt hat, denn niemand darf im Vergleich zu anderen allein aus politischen Motiven bestraft werden. Die Erwägung, ob auch außenpolitische Gründe die Strafverfolgung gebieten, ist also fehlsam im Gegensatz zu der Überlegung, ob solche Interessen der Strafverfolgung entgegenstehen. Verweigert der Generalbundesanwalt die Zustimmung zur Einstellung eines Verfahrens wegen eines Staatsschutzdeliktes gemäß § 153c Abs.3 StPO, so ist der Bundesgerichtshof hieran nur gebunden innerhalb des Ermessensspielraums, der beiden Organen der Strafrechtspflege bei der Beurteilung der Einstellungsvoraussetzungen nach Abs.1 und 2 eingeräumt ist[252]. Erscheint die Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung ermessensfehlerhaft und kann sie unter keinem Gesichtspunkt aufrecht erhalten werden, so ist sie für den Bundesgerichtshof auf Grund des Art.92 GG unbeachtlich.

Solange die Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung den Rechtswillen des Staates und nicht den Machtwillen vertritt, wird die gerichtliche Kontrolle des Anklageermessens der Staatsanwaltschaft kaum mehr als spektakuläre Bedeutung haben. Der letzte Schein von Willkür im Strafverfahren wird auf diese Weise vermieden. In dunklen Zeiten kann jedoch die rechtsstaatliche Garantie für den Beschuldigten durchaus praktische Bedeutung erlangen.

Auf Grund des formellen Begriffs der rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art.92 GG läßt sich ebenfalls nachweisen,

---

252) Auch der Bundesgerichtshof darf das "öffentliche Interesse" im Falle des § 153c Abs.2 StPO nachprüfen, Reinhold Weber, NJW 1966,1242

daß das Gericht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu prüfen hat. Gemäß § 23 Abs.1 S.1 EGGVG entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiete der Strafrechtspflege getroffen werden. Bloße Prozeßerklärungen und Prozeßhandlungen werden jedoch nicht zu den Justizverwaltungsakten gerechnet[253]. Die Erhebung der öffentlichen Klage ist demnach kein anfechtbarer Justizverwaltungsakt, da sie eine Prozeßhandlung darstellt. Es fragt sich aber, ob die der Anklageerhebung vorausgehende Entschließung der Staatsanwaltschaft den Charakter einer solchen Anordnung im Sinne des § 23 EGGVG hat.

Das Bundesverwaltungsgericht hat es in seinem Beschluß vom 16.12.1958[254] abgelehnt, zwischen dem Akt der Anklageerhebung und der Entschließung der Staatsanwaltschaft zu unterscheiden. Es führt dazu aus: "Jedem Handeln muß notwendigerweise die Entschließung vorausgehen, diese Handlung vorzunehmen. Erst wenn die Entschließung in einem bestimmten Handeln ihre Verwirklichung findet, wird sie rechtlich relevant. Die Entschließung der Strafverfolgungsbehörde, wegen des besonderen öffentlichen Interesses Klage zu erheben, äußert rechtliche Wirkung erst und nur in der tatsächlich erhobenen Anklage. Einen hiervon lösbaren, rechtlich selbständig erfaßbaren Entschließungsakt gibt es

---

253) Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, § 23 EGGVG Anm.1A; Lüke, JuS 1961,209; vgl. aber Schäfer, Lö-Ro, § 23 EGGVG Anm.6 b, der diese Auffassung in solcher Allgemeinheit ablehnt und mit Recht darauf hinweist, daß sich die Unanfechtbarkeit der meisten Prozeßhandlungen teils aus § 23 Abs.3 EGGVG ergebe, weil letztlich das eröffnende oder erkennende Gericht im Strafverfahren über die Rechtmäßigkeit entscheidet, teils aus § 24 Abs.1, weil eine Rechtsverletzung nicht in Betracht kommt.

254) NJW 1959,448

nicht"[255].

Materiell wesentlich für den Beschuldigten ist jedoch nicht die Anklageerhebung, sondern die Entschließung der Staatsanwaltschaft, wegen des besonderen öffentlichen Interesses Anklage zu erheben[256]. Die Staatsanwaltschaft verfügt dabei über das Strafklagerecht des Staates, und diese Verfügung hat unmittelbare rechtliche Wirkungen für den Beschuldigten dann, wenn der Richter nicht seinerseits das öffentliche Interesse prüfen darf. Das gleiche gilt auch für die Entschließung der Staatsanwaltschaft, gemäß §§376, 153 Abs.1 oder 2 StPO die öffentliche Klage zu erheben, sowie für die Fälle des Anklageermessens. Wollte man der materiellen Verfügung der Staatsanwaltschaft über das Strafklagerecht des Staates den Charakter einer Verfügung im Sinne des § 23 Abs.1 EGGVG absprechen, weil diese nicht von der Prozeßhandlung der Anklageerhebung zu trennen sei, so würde man übersehen, daß der Begriff des Verwaltungsaktes weitgehend vom teleologischen Standpunkt, aus der Notwendigkeit, dem Bürger entsprechend Art.19 Abs.4 GG Rechtsschutz gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt zu gewähren, geprägt wurde und dementsprechend auch ausgedehnt werden muß. So vertritt das Bundesverwaltungsgericht selbst im Bereich des sogenannten Verwaltungsprivatrechts die "Zweistufenlehre", zu der die vorgenannte Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichts, wie Lüke[257] herausgestellt hat, in Widerspruch steht. Danach sieht z.B. das Bundesverwaltungsgericht die Darlehenszusage, die eine Maßnahme der Kreditlenkung ist, gegenüber der nachfolgenden zivilrecht-

---

255) U.a. aus diesem Grunde lehnt das BVerwG a.a.O. den Verwaltungsrechtsweg für die Überprüfung des "besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung" ab, läßt aber ausdrücklich dahingestellt sein, ob die h.M., die Bejahung des "öffentlichen Interesses" gemäß § 232 Abs.1 StGB stehe im unüberprüfbaren Ermessen der Staatsanwaltschaft, mit Art.19 Abs.4 GG vereinbar ist.

256) so Lüke, JuS 1961, 209

257) JuS 1961,209

lichen Darlehensgewährung als anfechtbaren Verwaltungsakt an[258]. Das Bundesverwaltungsgericht hat sogar dann einen anfechtbaren Verwaltungsakt angenommen, wenn die hoheitliche Entscheidung der privatrechtlichen Maßnahme nur logisch, nicht auch zeitlich vorausgeht und beide in einem Akt zusammenfallen, wie dies bei der Ablehnung der bevorzugten Auftragserteilung an einen Vertriebenen gemäß § 74 BVFG der Fall ist[259].

An sich wäre also die gerichtliche Prüfung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung und des Anklageermessens der Staatsanwaltschaft nach §§ 23 ff. EGGVG möglich[260]. Wenn dennoch hier nicht das Verfahren vor den Strafsenaten Platz greift, so liegt das nicht an den mangelnden Voraussetzungen des § 23 Abs.1 S.1 EGGVG, sondern am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis für ein solches Verfahren (23 Abs. 3 EGGVG). Das eröffnende und das erkennende Gericht haben über die Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung selbst zu entscheiden und auch das Anklageermessen der Staatsanwaltschaft auf Ermessensfehler hin selbst zu überprüfen. Das folgt schon aus dem Gedanken des Sachzusammenhangs und aus der Prozeßökonomie. Zudem wäre die Einschaltung eines Verfahrens nach §§ 23 ff. EGGVG, das die geradlinige Durchführung des Strafprozesses hindern würde, mit dem Grundsatz, "daß das Prozeßgericht die alleinige Verantwortung für den Verfahrensablauf und die Anwendung des Prozeßrechts trägt", unvereinbar[261].

---

258) BVerwGE 1,308 (310); vgl. auch BVerwGE 5,325 (327); 7,264 (266)

259) BVerwGE 7,89 (91)

260) Kaiser, NJW 1961,201 und 1102 will allerdings die Entschließungen der Staatsanwaltschaft von einer Kontrolle nach § 23 EGGVG ausschließen,weil sie zur Rechtsprechung gehören. Er übersieht aber, daß die Staatsanwaltschaft nicht zur rechtsprechenden Gewalt i.S. des Art.92 GG gehört. Nur "richterliche" Entscheidungen können nicht nach Art.19 Abs.4 GG, § 23 EGGVG angefochten werden.

261) so Lüke, JuS 1961,210;
auch Thierfelder hält in NJW 1961,1102 die Prüfung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch

Wenn aus diesem Grunde hier das Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG nicht zum Zuge kommt, so ergibt sich dennoch unmittelbar aus Art.19 Abs.4 GG, daß das eröffnende und das erkennende Gericht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung (§§ 376, 153 Abs.1 und 2 StPO, 232 Abs.1 StGB) als Prozeßvoraussetzung prüfen und das Anklageermessen der Staatsanwaltschaft auf Ermessensfehler hin kontrollieren muß.

VI.

Die materielle Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses gemäß § 153 Abs.3 StPO und weitere prozessuale Probleme

Die Einstellung eines Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit gemäß § 153 Abs.1 oder 2 StPO verbraucht zweifellos nicht die Strafklage, da im Vorverfahren nur über Verdachtsfragen entschieden wird und es sich hierbei nicht um eine das Verfahren sachlich beendende Gerichtsentscheidung handelt[262]. Bei dem gerichtlichen Einstellungsbeschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO sind die Meinungen jedoch geteilt. Die einen wollen dem Gerichtsbeschluß volle materielle Rechtskraftwirkung zusprechen,wenn er unanfechtbar ist,also dann, wenn die Staatsanwaltschaft der Einstellung zugestimmt hat[263].Andere wenden hier die §§ 211, 174 Abs.2 StPO analog an und lassen eine erneute Strafklage zu, wenn sich auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel herausstellt, daß die Tat doch

---

das erkennende Gericht für "zweckmäßiger" als ein Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG.

262) RG, Urt.v.9.10.1933, RGSt 67,315;
Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.9

263) Bumke, a.a.O.,S.76; Kiesow, a.a.O., § 153 Anm.8;
O.Loening, JR 1925,344; Feisenberger, a.a.O.,§ 153 Anm.11; Gerland, a.a.O., S.162; Doerr, a.a.O., Anm. zu III; Hagemann, JR 1929, 118 f.; Potthoff, JR 1951, 679 ff.

nicht als geringfügig angesehen werden kann[264]. Kohlhaas[265] stimmt dem unter der weiteren Voraussetzung zu, daß sich die Tat dadurch "rechtlich anders qualifiziert"[266]. Das gelte aber nicht nur "im Übergang vom Vergehen zum Verbrechen", sondern auch bei einer anderen Charakterisierung der Tat "innerhalb der Vergehensgrenzen"[267].

Die wohl herrschende Meinung hat sich indes an das Urteil des Reichsgerichts vom 8.5.1931[268] angeschlossen. Das Reichsgericht führt dort aus, bei § 153 Abs.3 StPO handele es sich "nur um die Ermächtigung des Gerichts, von einer den Prozeßgegenstand in seiner Gesamtheit erledigenden Sachentscheidung abzusehen", also Vergehensfälle besonders leichter Art "ohne eine andere sachliche Prüfungspflicht als der hinsichtlich ihrer Bagatellmäßigkeit zur formalen Erledigung zu bringen". Das Reichsgericht erkennt jedoch an, daß "der Staatsanwalt aber bei unveränderter Rechtsgrundlage keine nochmalige Prüfung der auf dem Gebiete des Ermessens liegenden Voraussetzungen der Geringfügigkeit der Schuld und der Folgen verlangen kann, daß in diesem Umfange also auch eine beschränkte Rechtskraft besteht". Diese würde aber "ohne weiteres" entfallen, "wenn und soweit es sich

---

264) Nagler, GS 90 (1924),S.426; Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht ..., 1928, S.366; Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, § 153 Anm.5; Kleinknecht in seiner ablehnenden Anmerkung zum Urteil des BayObLG v.18.12.1964, JR 1965, 350

265) Lö-Ro, § 153 Anm.15

266) Neuerdings BayObLG, JR 1965,350 = NJW 1965,828: "nicht aber schon dann, wenn sich aus dem neuen Sachverhalt ohne jede Änderung der rechtlichen Gesichtspunkte ein höherer Schuldgehalt ergibt".

267) Ebenso RG v.13.3.1941, DJ 1941,845; OLG Düsseldorf, Urt.v.4.1.1949, OGHSt 1,242

268) RGSt 65,291 (293/4)

herausstellt, daß kein Vergehen, sondern ein Verbrechen vorliegt"[269]. Im Anschluß an dieses Reichsgerichtsurteil wird denn heute überwiegend angenommen, daß kein Strafklageverbrauch eintritt, wenn in Wirklichkeit statt eines Vergehens ein Verbrechen[270] oder statt einer Übertretung ein Vergehen vorgelegen hat[271].

Die Argumentation des Reichsgerichts ist jedoch widerspruchsvoll. Entweder handelt es sich bei der Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO um eine abschließende Beurteilung der Straftat, dann erstreckt sich diese nicht nur auf die Bewertung der Schuld als gering und der Folgen als unbedeutend, sondern zunächst einmal auf die Frage, ob überhaupt die Voraussetzung für eine Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO gegeben ist, also kein Verbrechen vorliegt,oder es besteht nur eine formelle Prüfungspflicht des Gerichts, dann

---

269) Zustimmend RG, Urt.v.6.2.1941, RGSt 75,121 (123), das jedoch noch weitergeht und selbst dann eine neue Strafklage zuläßt, wenn der Sachverhalt "aus Rechtsirrtum" nur als Vergehen und nicht als Verbrechen aufgefaßt worden ist.
Gegen diese weitergehende Auffassung mit Recht:
OLG Hamm, JMBl. NRW 1951, 113/4;
Potthoff, JR 1951,680 f.; Kohlhaas, Lö-Ro,§ 153 Anm.15, der bemerkt, daß eine veränderte Rechtsauffassung niemals eine neue Tatsache im Sinne der §§ 211,174 Abs.2 StPO ist. Der Beschuldigte würde also nach RGSt 75,121 insofern noch schlechter dastehen als bei einer analogen Anwendung der §§ 211, 174 Abs.2 StPO.

270) Vorher schon Schäfer-Hartung, a.a.O., § 153 Anm.10; dann Kohlrausch, a.a.O., § 153 Anm.11; Heinitz in seiner Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg v. 19.7. 1961, JZ 1963,132; Eb.Schmidt, Lehrkommentar I,Randnr. 327 unter Aufgabe seiner bisherigen anderen Meinung von der vollen Rechtskraftwirkung; Sax, KMR,Einl. 14 B III e; Müller, KMR, § 153 Anm.6;
BGH, Urt. v.30.10.1953, bei Dallinger, MDR 1954,151

271) Eb.Schmidt, a.a.O.; Sax, KMR, a.a.O.; Müller, KMR, a.a.O.;
BGH, Urt.v.24.3.1954, bei Dallinger, MDR 1954,399

ist nicht nur die Frage, ob ein Vergehen oder ein Verbrechen vorliegt, sondern auch die weitere Voraussetzung für die Einstellung, ob die Schuld gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, zu einer "formalen Erledigung zu bringen".

Heinitz[272] kommt dem Reichsgericht deshalb mit einem anderen Argument zu Hilfe. Für seine Auffassung, daß ein Verbrauch der Strafklage nicht eintritt, wenn in Wirklichkeit ein Verbrechen vorgelegen hat, führt er ins Feld, im Falle eines Verbrechens sei die Einstellung überhaupt nicht möglich. "Ein Beschluß, der dies übersehen hätte, müßte als absolut nichtig angesehen werden". Nach h.M. kann aber eine gerichtliche Entscheidung höchstens dann als nichtig betrachtet werden, wenn sie "in sich (aus ihrem Inhalt,nicht erst aus außerhalb des Urteils zu treffenden Feststellungen) unerträglich" ist, d.h. ihr Mangel muß jedem "ohne nähere Prüfung der Rechts- und Sachlage erkennbar sein"[273]. So hat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 2.12.1881[274] einen Einstellungsbeschluß für unbeachtlich erklärt, weil eine solche Entscheidung in der Hauptverhandlung gesetzlich nicht vorgesehen war, denn die Hauptverhandlung konnte zur damaligen Zeit nur durch ein Urteil beendet werden. Seitdem die Einstellungsmöglichkeit nach § 153 Abs.3 StPO besteht, ist diesanders zu beurteilen[275]. Übersieht der Richter, daß in

---

272) JZ 1963,133; ihm zustimmend Eb.Schmidt,Lehrkommentar I,Randnr.327

273) K.Peters, Strafprozeß 1952,S.407; vgl. auch Eb.Schmidt, Lehrkommentar I,Randnr.252: unbeachtlich ist eine Entscheidung nur dann, wenn "deren gewollte Wirkung vom Standpunkt unseres Rechtes aus nicht denkbar ist oder sich mit den Grundprinzipien unserer rechtsstaatlichen Staatsordnung in Widerspruch setzt". Im übrigen sind Einzelheiten streitig, vgl. Sax, KMR,Einl.10b

274) RGRspr.3,760

275) Vgl. BGH JZ 1963,714 mit zustimmender Anmerkung von Eb.Schmidt. Der BGH erklärt dort den Beschluß, der wegen einer einheitlichen Tat unter einem oder mehreren Gesichtspunkten das Verfahren einstellt, der Sache nach für ein freisprechendes Urteil, das die Strafklage auch hinsichtlich der nicht mitentschiedenen

Wahrheit ein Verbrechen vorliegt, so steht der Einstellungsbeschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO gewiß nicht "außer aller Diskussionsmöglichkeit"[276]. Auch wenn das Gericht fälschlich das Verfahren wegen einer einheitlichen Tat aufspaltet und dieses unter einem bestimmten Gesichtspunkt gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellt, so ist dies keine unbeachtliche Entscheidung. Der Einstellungsbeschluß verbraucht deshalb die Strafklage auch wegen der anderen rechtlichen Gesichtspunkte, die dem weiteren Verfahren vorbehalten wurden[277]. Außerdem können neue Tatsachen und Beweismittel

---

Tatbestände verbraucht, für die das Gericht seine Kompetenz verneinte und insoweit das Verfahren an ein angeblich zuständiges Gericht verwies.

276) Auch das OLG Hamm, JMBl.NRW 1951,113 hält einen solchen Einstellungsbeschluß nicht für unbeachtlich, meint aber, die Entscheidung wäre nichtig, wenn das Amtsgericht selbst ein Verbrechen angenommen und dennoch eingestellt hätte. M.E. ist jedoch auch in diesem Falle der Mangel des Beschlusses nicht so evident, um ihn unbeachtlich zu machen.

277) Ebenso OLG Hamburg, Urt.v.19.7.1961,JZ 1963,132 = GA 1962,86;
a.A. OLG Köln, JMBl.NRW 1955,81;
besonders Heinitz in seiner Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg, JZ 1963,133 f., der einen solchen Einstellungsbeschluß für eine unbeachtliche verfahrensleitende Maßnahme hält. Er verweist dazu auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diese hatte stets einen Beschluß, der nach vorangegangener Voruntersuchung wegen einer einheitlichen Tat den Angeschuldigten unter einem rechtlichen Gesichtspunkt außer Verfolgung setzt, für unbeachtlich erklärt, wenn wegen der anderen Gesichtspunkte die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wird (RGSt 23,392(396); 48,89(91/2); 50,370(374); 62,96). Das Gericht ist in der Tat ohnehin nicht an die rechtliche Beurteilung im Eröffnungsbeschluß gebunden, so daß die fehlerhafte Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten nicht eine beschränkte Rechtskraft (§ 211 StPO) hinsichtlich der in das Hauptverfahren einbezogenen Strafvorwürfe bewirken kann. Das StPÄG von 1964 hat zudem das Gericht ermächtigt, nunmehr einzelne abtrennbare Teile einer Tat gemäß § 207 Abs.2 Nr.2 vom Hauptverfahren auszunehmen und nach § 154a Abs.3 StPO jederzeit in das Verfahren wieder einzubeziehen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu §§ 204,211 StPO besagt aber nichts Entscheidendes für die Rechtskraftwirkung eines fehlerhaften Einstellungsbeschlusses gemäß § 153 Abs.3 StPO. Bei diesem handelt es sich

niemals die Nichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bewirken. Wollte Heinitz aber auch ohne neue Tatsachen und Beweismittel bei einem Verbrechen die erneute Strafklage zulassen, so wäre der Beschuldigte noch schlechter gestellt als bei der von ihm kritisierten analogen Anwendung der §§ 211, 174 Abs.2 StPO.

Mit der Nichtigkeit des Einstellungsbeschlusses läßt sich also nicht die Auffassung des Reichsgerichts von der unterschiedlichen Rechtskraftwirkung aufrecht erhalten. Die materielle Rechtskraft des Beschlusses nach § 153 Abs.3 StPO kann sich deshalb nur einheitlich auf alle Einstellungsvoraussetzungen erstrecken. Entweder kommt dem Einstellungsbeschluß volle Rechtskraft oder nur beschränkte Rechtskraft entsprechend den §§ 211, 174 Abs.2 StPO zu, ein Drittes gibt es nicht.

---

wie bei dem Urteil nach § 260 Abs.1 StPO um eine verfahrensbeendigende Entscheidung. Deshalb ist hierfür - entgegen Heinitz - die Rechtsprechung heranzuziehen, die stets einem Urteil vollen Strafklageverbrauch zugesprochen hat, wenn das Gericht einzelne rechtliche Gesichtspunkte von der Entscheidung ausgenommen und einem weiteren Verfahren vorbehalten hat, obwohl es rechtlich nicht gehindert war, auch hierüber eine Entscheidung zu treffen (RGSt 15,133; 61,225; BGH JZ 1963,714 mit zustimmender Anmerkung von Eb.Schmidt). Ob nun das Gericht das tateinheitliche Delikt einem Verfahren vor einem anderen Gericht oder, wie im gegebenen Fall, dem weiteren Verfahren vorbehalten will, kann dabei nicht entscheidend sein. Es kommt bei den verfahrenserledigenden Einstellungen gemäß § 260 Abs.3 oder § 153 Abs.3 StPO, ob sie nun fehlerhaft sind oder nicht, für die materielle Rechtskraftwirkung immer nur darauf an, ob das Gericht rechtlich gehindert war, eine entsprechende Sachentscheidung über das dem weiteren Verfahren vorbehaltene Delikt zu treffen. Dies war es eben bei dem fehlerhaften Einstellungsbeschluß nach § 153 Abs.3 StPO nicht.

Die analoge Anwendung der §§ 211, 174 Abs.2 StPO setzt eine vergleichbare Verfahrenslage und Prüfungssituation des Gerichtes bei der Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO voraus. Lehnt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 204 StPO ab, so entscheidet es nur auf Grund eines vorläufigen Beweises über Verdachtsfragen. Ebenso erläßt der Strafsenat keinen "Wahr- und Rechtsspruch", sondern eine Entscheidung über Verdachtsfragen, wenn er den Klageerzwingungsantrag des Verletzten gemäß § 174 Abs.1 StPO verwirft. Beide Beschlüsse haben deshalb zu Recht nur beschränkte Rechtskraftwirkung. Die Frage ist also, ob das Gericht den Einstellungsbeschluß nach § 153 Abs.3 StPO auch nur auf Grund eines vorläufigen Beweises erläßt, d.h. erlassen darf. In der Tat wird dem Beschluß nach § 153 Abs.3 StPO zum Teil deswegen keine volle Rechtskraftwirkung zuerkannt, weil das Verfahren oftmals außerhalb der Hauptverhandlung ohne gründliche Erörterung des Sachverhalts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eingestellt wird[278].

Nachdem das dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 in § 153 Abs.3 StPO die Worte "in jeder Lage" eingefügt hat, kann das Gericht unbestritten das Verfahren auch ausserhalb der Hauptverhandlung wegen Geringfügigkeit einstellen, wenngleich durch die Einfügung dieser Worte in erster Linie klargestellt werden sollte, daß von der Einstellungsmöglichkeit noch in der Revisionsinstanz Gebrauch gemacht werden darf. Nun sagt der Abs.3 des § 153 StPO weiter, das Gericht sei für die Einstellung zuständig, wenn die Klage "bereits erhoben" ist. Einige wollen darunter nicht die Rechtshängigkeit im engeren Sinne verstehen, die mit der Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung

---

278) Vgl. Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.15;
Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.327.
Beide wollen aber nicht die §§ 211,174 Abs.2 StPO analog anwenden.

oder des Hauptverfahrens infolge des Verbotes der Klagerücknahme gemäß § 156 StPO entsteht, sondern die Rechtshängigkeit im weiteren Sinne des § 170 Abs.1 StPO. Sie halten deshalb das Gericht schon im Zwischenverfahren zur Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO für ermächtigt[279]. Im Zwischenverfahren hat die Staatsanwaltschaft jedoch noch die Dispositionsbefugnis über die Klage, wenn sie unmittelbar durch Einreichung einer Anklageschrift die öffentliche Klage erhoben hat. Deshalb steht hier der Staatsanwaltschaft noch die Initiative zur Einstellung des Verfahrens nach § 153 Abs.2 StPO zu und nicht dem Gericht gemäß Abs.3. Das Gericht muß aber schon im Zwischenverfahren die Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung prüfen. Nur darf es dann, wenn sich hierfür kein hinreichender Verdacht ergibt, das Verfahren nicht nach § 153 Abs.3 StPO einstellen, sondern es muß die Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 204 StPO ablehnen, was die beschränkte Rechtskraft nach § 211 StPO zur Folge hat. Der Untersuchungsrichter darf in der gerichtlichen Voruntersuchung selbstverständlich nicht das Verfahren gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellen, da nicht er darüber zu entscheiden hat, ob der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen oder das Verfahren vorläufig einzustellen ist (§ 198 Abs.1 StPO). Mithin kommt die Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO nur im Hauptverfahren in Betracht[280].

Für eine Einstellung außerhalb der Hauptverhandlung "ohne gründliche Erörterung des Sachverhalts" verbleibt dann nur die Verfahrenslage zwischen dem Eröffnungsbeschluß nach § 203 StPO und der Eröffnung der Hauptverhandlung, sowie

---

279) Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.13, anders jedoch in GA 1956,242 Fußnote 2; Müller, KMR,§ 153 Anm.6 b aa

280) Ebenso OLG Köln, NJW 1953,1405; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Anm.19

der Fall, daß die Hauptverhandlung z.B. gemäß §§ 228,246, 265 Abs.3 oder 4 StPO ausgesetzt wird. Da es sich bei dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung um eine Prozeßvoraussetzung handelt, muß insofern das Freibeweisverfahren genügen[281]. Das bedeutet, auch außerhalb der Hauptverhandlung kann über die Prozeßvoraussetzung des öffentlichen Interesses mit Rechtskraftwirkung entschieden werden. Es braucht also nicht eine neue Hauptverhandlung angesetzt zu werden, um eine Rechtskraftwirkung zu erzielen, wenn sich mittlerweile durch neue Tatsachen und Beweismittel herausgestellt hat, daß die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Fraglich ist nur, ob das Gericht sich auch außerhalb der Hauptverhandlung im Freibeweisverfahren die volle Überzeugung von dem Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung verschaffen muß, oder ob hier ein vorläufiger Beweis genügt.

Mit der Eröffnung des Hauptverfahrens hat der Angeklagte ein Recht auf einen "Wahr- und Rechtsspruch" des Gerichts. Entweder ist der Angeklagte zu verurteilen oder freizusprechen oder das Verfahren ist einzustellen. Soweit das Gericht rechtlich nicht gehindert ist, über einen Straftatbestand eine Entscheidung zu treffen, kommt dem Sachurteil und dem Einstellungsurteil nach § 260 Abs.3 StPO deshalb volle materielle Rechtskraft zu[282]. Das gleiche gilt für den Einstellungsbeschluß wegen eines Verfahrenshindernisses, der außerhalb der Hauptverhandlung gemäß

---

281) a.A. Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Anm.19; vgl. dagegen Oehler, JZ 1951, 595: "Dem Gesetz kommt es offensichtlich auf den Eindruck des Richters aus der mündlichen Hauptverhandlung bei der Entscheidung über § 153 StPO nicht an, weil diese auch ohne Hauptverhandlung ergehen kann".

282) Vgl. oben S.276 ff.

§ 206a StPO ergeht[283]. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der materiellen Rechtskraft, wollte man einen Verdächtigen erneut in den Status eines Angeklagten versetzen, obwohl das Gericht rechtlich nicht gehindert war, im vorangegangenen Verfahren alle Erkenntnismittel einzusetzen, um eine verbindliche Entscheidung über das Vorliegen eines Prozeßhindernisses zu treffen.Aus der rechtlichen Möglichkeit ergibt sich deshalb die rechtliche Verpflichtung des Gerichtes zu einem solchen "Wahr- und Rechtsspruch". Im Gegensatz zu dem summarischen Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren hat das erkennende Gericht nach der Eröffnung des Hauptverfahrens - und nur dann kommt ja eine Einstellung gemäß § 153 Abs.3 StPO in Betracht - ohne weiteres die Möglichkeit, die materielle Wahrheit zu ermitteln. Versäumt es, den Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bezüglich des öffentlichen Interesses und der weiteren Einstellungsvoraussetzungen, ob also nicht in Wirklichkeit ein Verbrechen vorliegt, gründlich zu prüfen, wozu das Freibeweisverfahren ausreichend ist, so kann dies nicht zu Lasten des Beschuldigten gehen. Während man einem Strafbefehl oder einer Strafverfügung mit der h.M. nur beschränkte materielle Rechtskraft zubilligen kann[284], weil

---

183) Ebenso Eb.Schmidt, Lehrkommentar II,§ 206a Anm.9;
a.A. Schwarz-Kleinknecht, § 206a Anm.4, die bei neuen Tatsachen oder Beweismitteln die Staatsanwaltschaft neu anklagen lassen; auch Kohlhaas, Lö-Ro, § 206a Anm.7 und Sax, KMR, § 206a Anm.4b wollen keinen Strafklageverbrauch eintreten lassen, wenn der rechtzeitig und befugt gestellte Strafantrag dem Gericht bei seiner Entscheidung lediglich noch nicht bekannt war. Zu Unrecht beziehen sie sich hierfür auf BGHSt 7,64, denn dort hatte der BGH eine solche Auffassung nur hinsichtlich des Beschlusses nach § 204, nicht aber nach § 206a StPO vertreten. Warum die beschränkte Rechtskraft nach § 211 StPO für einen Beschluß im Hauptverfahren analog gelten soll, ist unerfindlich.

284) Vgl. RGSt 56,253; 65,292/3; 76,251; BGHSt 3,13; 6,122/3; BVerfGE 3,248.
Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.325, der auch dort die Gegenstimmen nachweist.

es an der gründlichen Prüfungsmöglichkeit des Gerichtes fehlt, muß dem Einstellungsbeschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO also voller Verbrauch der Strafklage zuerkannt werden. Nur der Einstellungsbeschluß des Amtsrichters gemäß § 413 Abs.5 StPO hat ebenso wie die amtsrichterliche Strafverfügung nur beschränkte Rechtskraftwirkung.

Bis zum Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1931 war dieses Ergebnis herrschende Meinung. Man stützte sich dabei in der Hauptsache darauf, daß in dem Jugendgerichtsgesetz von 1923 in der entsprechenden Bestimmung des § 32 dort in Abs.3 die erneute Klage "auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel" zugelassen worden war, in der späteren Vorschrift des § 153 StPO aus dem Jahre 1924 hingegen nicht[285]. Der e-contrario-Schluß ist deshalb durchaus gerechtfertigt. Keinesfalls kann man wie Kleinknecht[286] aus § 47 Abs.3 JGG, der bei der Neufassung des Jugendgerichtsgesetzes im Jahre 1953 den § 32 Abs.3 JGG a.F. ersetzte, einen Analogieschluß hinsichtlich der Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO ziehen[287].

Die herrschende Meinung ist auch insofern inkonsequent, als sie eine Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO in der Revisionsinstanz nur zuläßt, wenn "die Feststellungen des Vorderrichters eine erschöpfende sachliche Prüfung ermöglichen"[288]. Wenn § 153 Abs.3 StPO dem Gericht

---

285) Vgl. Feisenberger,Strafprozeßordnung ...,1926,§ 153 Anm.11; ebenso noch Eb.Schmidt in der ersten Auflage des Lehrkommentars I, 1952, Rndnr.273

286) JR 1965,350; ders.,Schwarz-Kleinknecht,Strafprozeßordnung, § 153 Anm.5

287) M.E. bestehen erhebliche Bedenken bezüglich der Verfasungsmäßigkeit des § 47 Abs.3 JGG, nachdem durch Art.103 Abs.3 GG die materielle Rechtskraft im Strafverfahren Verfassungsrang erhalten hat. Schließlich ist in diesem Stadium des Jugendstrafverfahrens der Richter nicht gehindert, einen "Wahr- und Rechtsspruch" zu erlassen.

288) Kohlhaas, LÖ-Ro, § 153 Anm.12;
ebenso Eb.Schmidt, Lehrkommentar II,§ 153 Anm.19

wirklich eine "formale Erledigung" gestattete, dann wäre das Revisionsgericht nicht gehindert, auch bei weniger erschöpfenden tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters das Verfahren einzustellen.

Seitdem das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 in § 153 Abs.3 StPO den Zusatz gemacht hat, "in jeder Lage des Verfahrens" könne wegen Geringfügigkeit der Tat eingestellt werden, ist der Streit über die Zulässigkeit der Einstellung in der Revisionsinstanz bis zu einem gewissen Punkt beendet worden. Es fragt sich aber nach wie vor, inwieweit das Revisionsgericht als reine Rechtsinstanz die in erster Linie auf tatsächlichem Gebiet liegenden Voraussetzungen der Einstellung selbst bejahen kann.

Das Reichsgericht hatte zunächst in seinem Urteil vom 9.2. 1925[289] die Einstellung des Verfahrens nach § 153 Abs.3 StPO in der Revisionsinstanz abgelehnt, weil "die Wertung der Persönlichkeit und der 'Schuld' des Täters, die Feststellung der Folgen der Tat und das Abwägen aller dieser miteinander in Beziehung zu bringenden tatsächlichen Ermittlungsergebnisse gegeneinander" "eine reine Ermessensfrage (sei), die, soweit überhaupt ein Gericht mitzuwirken hat, dem Tatrichter zu überlassen ist". In dem Urteil vom 28.5. 1943[290] läßt das Reichsgericht hingegen die Einstellung gemäß § 153 Abs.3 in der Revisionsinstanz zu. Es begründet dies mit folgenden Erwägungen: Mit dem Wegfall der reformatio in peius durch die Neufassung des § 358 Abs.2 StPO dürfe ein Verfahren durch Zurückverweisung an den Tatrichter nicht in die Länge gezogen werden, "weil noch diese oder jene gesetzliche Vorschrift zuungunsten des Angeklagten anzuwenden wäre, ohne daß sich an dem Gesamtergebnisse des Strafverfahrens, soweit die Höhe der Strafe in Betracht kommt,...etwas ändern würde". Denn "der beherrschende Zweck jedes Strafverfahrens sei, die strafbare Handlung ohne Ver-

---

289) RGSt 59,54 ff.
290) RGSt 77,72 (75)

zug und auf gesetzlicher Grundlage nach gesundem Volksempfinden gerecht zu ahnden". Derselbe Rechtsgedanke liege aber auch der Vorschrift des § 153 Abs.3 StPO zugrunde[291]. Daher müsse die Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO auch in der Revisionsinstanz zulässig sein,denn "Ermessensentscheidungen auf dem Gebiete der Strafbemessung" dürfe das Revisionsgericht auch in anderen Fällen treffen, z.B. gemäß § 354 Abs.1 und in den Fällen der Straffreiheitsgesetze[292].

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem Urteil vom 5.4. 1951[293] zu der ursprünglichen Auffassung des Reichsgerichts im 59.Bande bekannt, da es sich bei dem Verfahren gemäß § 153 Abs.3 StPO "um eine auf Grund tatsächlicher Würdigung nach billigem Ermessen zu treffende Zweckmäsigkeitsentscheidung (handele), der über den Einzelfall hinaus keinerlei rechtsgrundsätzliche Bedeutung zukommt". Die Oberlandesgerichte haben dagegen die Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO in der Revisionsinstanz für zulässig erachtet[294].

Auch nach der Klarstellung durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 muß man das Problem der Einstellung gemäß § 153 Abs.3 StPO in der Revisionsinstanz mit Oehler[295] differenziert behandeln. Kann das Revisionsgericht auf Grund der vom Vorderrichter festgestellten Tat-

---

291) Das Zitat stammt aus dem Urteil des Reichsgerichts vom 30.11.1939, RGSt 73,400 (401), das diesen Rechtsgedanken auf die Vorschrift des § 154 StPO angewandt hatte. Das zu § 153 StPO ergangene Urteil im Jahre 1943, RGSt 77,72 (75) bezieht sich im vollen Umfang auf diese Begründung.

292) so die Begründung von RGSt 73,400 (401)

293) JZ 1951,594

294) BayObLGSt 1951,265 und 1952,12; OLG Bremen, NJW 1951, 326; OLG Neustadt, JZ 1951,594; OLG Schl.Holst., SchlHA 1952,209

295) Anmerkung zum Urteil des BGH und des OLG Neustadt in JZ 1951,594

sachen ohne weitere Klärung von Tatfragen die Geringfügigkeit der Tat erkennen, so darf es das Verfahren von sich aus gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellen[296]. "Reichen dagegen die tatsächlichen Unterlagen für die Entscheidung über § 153 III nicht aus, so muß es zurückverweisen"[297]. Oehler sieht zwar entgegen der hier vertretenen Auffassung die Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO als "reine Ermessensentscheidung" an. Das Revisionsgericht ist aber auch bei der Prüfung von Rechtsfragen, also auch der des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung, an die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters gebunden und kann von sich aus keine Ermittlungen darüber anstellen, ob die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind.[298]

Taucht also die Frage, ob überhaupt ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, erst in der Revisionsinstanz auf, so muß das Gericht gemäß § 354 Abs.2 StPO zurückverweisen, wenn auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters die Geringfügigkeit zwar wahrscheinlich, aber doch nicht zweifelsfrei ist. Hat der Tatrichter aber schon die Frage der Geringfügigkeit geprüft und verneint, was u.a. aus dem Sitzungsprotokoll auf Grund der Anträge des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft hervorgeht, so muß das Revisionsgericht davon ausgehen, daß sich keine weiteren Tatsachen hinsichtlich der Geringfügigkeit der Tat ermitteln lassen und nach dem Grundsatz in dubio pro reo[299]

---

296) so schon Loening, JR 1925,342; Mannheim in seiner ablehnenden Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 9.2.1925, JW 1925,1000; ferner Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Anm.19; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.13

297) Oehler, JZ 1951,595; ebenso auch Mannheim, JW 1925, 1000

298) Vgl. Mannheim, JW 1925,1000, der auch davon ausgeht, daß es sich bei § 153 Abs.3 StPO um die Prüfung von Rechtsfragen handelt, denn er bezeichnet die Voraussetzungen der Einstellung als "typischen Fall des gebundenen, also nachprüfbaren Ermessens".

299) Vgl. dazu unten S.362 f.

selbständig über die Einstellungsvoraussetzungen entscheiden. Das gilt auch dann, wenn der Angeklagte Revision einlegt mit der Behauptung, daß die Voraussetzungen für eine Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO vorliegen oder in den Fällen der §§ 376 StPO, 232 Abs.1 StGB die Sachurteilsvoraussetzung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung fehlt. Die Ablehnung eines Einstellungsantrages durch den Vorderrichter ist keine dem Urteil vorausgegangene Entscheidung im Sinne des § 336 StPO[300]. Es handelt sich deshalb hier nicht um eine Verfahrensrüge, sondern um eine Sachrüge mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen. Das Revisionsgericht hat nach allen Richtungen die Entscheidung des Vorderrichters daraufhin zu prüfen, ob er den Begriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" richtig ausgelegt und angewendet hat. Die Prüfung des Revisionsgerichts findet allerdings ihre Schranken in der "begrenzten Mitteilbarkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen und Erwägungen"[301].

Man hat wiederholt die Meinung vertreten, für die Einstellung eines Verfahrens gemäß § 153 Abs.3 StPO sei die Zustimmung des Nebenklägers erforderlich[302]. Vor der Einführung des § 383 Abs.2 S.1 StPO durch die Notverordnung vom 6.10.1931 war diese Auffassung m.E. richtig. Der Nebenkläger hatte nach erfolgtem Anschluß die Rechte des Privatklägers (§ 397 Abs.1 StPO), dieser wiederum besaß im Privatklageverfahren im wesentlichen die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft (§ 385 Abs.1 StPO), so daß dann dem Nebenkläger auch das Zustimmungsrecht der Staatsanwaltschaft

---

300) so OLG Köln, MDR 1957,182 für den Fall des § 153 Abs.3 StPO.

301) Warda, a.a.O.,S.76; vgl. oben S.74 ff.

302) O.Loening, JR 1925,348; Kiesow, a.a.O.,§ 153 Anm.7; Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928,S.142; Kohlrausch, a.a.O., § 153 Anm.9; Walther,Diss.1932, S.11 ff.; zuletzt Kempfler, NJW 1964,1115

nach § 153 Abs.3 StPO zustehen mußte[303]. Es wäre sogar richtig gewesen, die Einstellung des Offizialverfahrens hinsichtlich des mitangeklagten Privatklagedeliktes allein von der Zustimmung des Nebenklägers abhängig zu machen, denn die Staatsanwaltschaft hat ja, solange sich bei dem Privatklagedelikt Schuld und Folgen unterhalb des öffentlichen Interesses an der Verfolgung gemäß § 376 StPO bewegen, kein Recht, auf Bestrafung des Täters zu dringen, folglich auch kein Recht, der Einstellung des Verfahrens entgegenzutreten. Insoweit war also der Nebenkläger materiell allein berechtigt, die Bestrafung des Täters zu beantragen. Wie im Privatklageverfahren der Täter einer Verurteilung nur entgehen konnte, wenn der Verletzte die Privatklage zurücknahm, so durfte er auch im Offizialverfahren nur von der Verfolgung freigestellt werden, wenn der Nebenkläger der Einstellung des Verfahrens zustimmte, was praktisch der Klagerücknahme gleichkam. Anderenfalls wäre der Privatklageberechtigte durch die Einführung des § 153 StPO rechtlos gestellt worden, denn die Staatsanwaltschaft hätte jedes Privatklageverfahren übernehmen und nach § 153 StPO zur Einstellung bringen können, wie z.B. Gerland[304] tatsächlich auch für zulässig gehalten hat. Das war aber zweifellos nicht der Wille des Gesetzgebers von 1924.

Seit dem Jahre 1931 kann nun auch ein Privatklageverfahren wegen Geringfügigkeit gemäß § 383 Abs.2 S.1 StPO eingestellt werden, und zwar ohne Zustimmung des Privatklägers. Folglich kommt es auch nicht mehr auf die Zustimmung des Nebenklägers zur Einstellung im Offizialverfahren an (vgl. § 397 Abs.1 StPO)[305]. Man muß jedoch dem Nebenkläger ent-

---

303) a.A. Feisenberger,a.a.O.,§ 153 Anm.8,der § 153 Abs.3 als eine Einschränkung des § 397 StPO betrachten wollte; zweifelnd Schäfer-Hartung,a.a.O.,§ 153 Anm.9; vgl. ferner die bei Walther,Diss.1932,S.12 Anm.8 zitierten Autoren.

304) Der Deutsche Strafprozeß, 1927, S.162

305) OLG Stuttgart,Beschl.v.20.1.1949,HESt 2,90 = DRZ 1949, 451 mit insoweit zustimmender Anm.von Müller; OLG Köln, NJW 1952,1029; Schwarz-Kleinknecht,a.a.O.,§ 153 Anm. 3 B

sprechend § 383 Abs.2 S.3 StPO eine sofortige Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluß nach § 153 Abs.3 StPO zubilligen[306], obwohl § 153 Abs.3 letzter Halbsatz ausdrücklich bestimmt, daß der Beschluß nicht angefochten werden kann. Nach h.M. hat der Nebenkläger nur die einfache Beschwerde gegen den Beschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO, wenn die Staatsanwaltschaft der Einstellung des Verfahrens nicht zugestimmt hatte[307]. Das OLG Oldenburg schließt dagegen aus dem in § 397 StPO zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Rechtsgedanken, daß der Privatklageberechtigte im Offizialverfahren nicht schlechter gestellt sein darf als im Privatklageverfahren und demgemäß auch gegen den Einstellungsbeschluß nach § 153 Abs.3 StPO entsprechend § 383 Abs.2 S.3 StPO sofortige Beschwerde einlegen könne[308].

Wenn man dem Nebenkläger eine weitere Instanz gegen den Einstellungsbeschluß nach § 153 Abs.3 StPO verwehrt, wäre es für den Verletzten in der Tat besser, sich nicht am Offizialverfahren zu beteiligen. Dann hätte er, so er hernach Privatklage erhebt, noch das Anfechtungsrecht gemäß § 383 Abs.2 S.3 StPO gegen einen entsprechenden Einstellungsbeschluß des Gerichts. Schließt er sich aber dem Offizialver-

---

306) a.A. Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.15; Müller, KMR, § 153 Anm.6ee; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 153 Anm.4A; Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.24 mit der Begründung, da sonst "der Nebenkläger in ein von der StPO m.E. nicht gewünschtes Verhältnis zur Staatsanwaltschaft kommen würde".

307) OLG Stuttgart, HESt,2,90; OLG Köln, NJW 1952,1029; OLG Saarbrücken, VRS 25 (1963), 205 Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.24; Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.15; Müller, KMR, § 153 Anm.6 ee; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O. § 153 Anm.4A

308) OLG Oldenburg, DRspr.IV(452) Bl.6b, zit.bei Eb.Schmidt, Lehrkommentar II, § 153 Erl.24, der diese Entscheidung ablehnt. Sie ist wohl identisch mit OLG Oldenburg, Beschl.v.6.11.1948, NdsRpfl.1949,64. Dort hatte das Gericht aber dem Nebenkläger nur ein Beschwerderecht gegen den mit der Einstellung nach § 153 Abs.3 verbundenen negativen Auslagenbeschluß auf Grund der §§ 397, 383a StPO gegeben.

fahren an, so ist das Gericht rechtlich nicht gehindert, auch das Privatklagedelikt nach § 153 Abs.3 unter der Voraussetzung des § 383 Abs.2 S.1 StPO zur Einstellung zu bringen, so daß hierdurch die Privatklage verbraucht wird. Den Nebenkläger aber für seine Beteiligung am Offizialverfahren zu bestrafen, indem man ihm das Anfechtungsrecht nach § 383 Abs.2 S.3 StPO nimmt, wird durch nichts gerechtfertigt. Erkennt man, daß es auf die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung eines Privatklagedeliktes nach § 153 Abs.3 StPO gar nicht ankommt, weil die Staatsanwaltschaft in dem Bereich unterhalb des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung (§ 376 StPO) überhaupt kein Strafklagerecht hat, so entfällt auch die Grundlage für den Ausschluß des Anfechtungsrechts nach § 153 Abs.3 letzter Halbsatz. Die h.M. hat richtig erkannt, daß die Anfechtung des Einstellungsbeschlusses dann möglich ist, wenn es an der in § 153 Abs.3 StPO vorausgesetzten übereinstimmenden Entscheidung beider Justizorgane fehlt, also das Gericht von sich aus einstellt. Das muß auch dann gelten, wenn es einer solchen Übereinstimmung gar nicht bedarf, weil das Gericht allein zur Entscheidung berufen ist. Der Nebenkläger kann deshalb die sofortige Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluß nach § 153 Abs.3 StPO erheben. Die bisher höchst unbefriedigende Praxis, die den Verletzten bei einer "Schiebung" des Gerichtes und der Staatsanwaltschaft rechtlos stellte[309], erweist sich also schon auf Grund einfacher Gesetzesauslegung als falsch, ohne daß man das Verfassungsrecht zu Hilfe rufen müßte und das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft nach § 153 Abs.3 StPO für unvereinbar mit Art.92 GG erklärt.

Der Ausschluß des Anfechtungsrechts gemäß § 153 Abs.3 letzter Halbsatz gilt nach der hier vertretenen Auffassung nur

---

309) Vgl. Reitberger, NJW 1963,2261, der dies als "recht betrübliche Auswirkung der Einschränkung des LP" bezeichnet; vgl. auch Kempfler, NJW 1964,1115

noch für den Angeklagten. M.E. ist es hier an der Zeit, endlich der berechtigten Kritik[310] an der Lex-Emminger von 1924 Rechnung zu tragen und dem Angeklagten de lege ferenda ein Beschwerderecht gegen den Einstellungsbeschluß einzuräumen[311]. Niemand hat zwar einen verfassungsmäßigen Anspruch auf die Überprüfung einer Gerichtsentscheidung durch eine höhere Instanz, da die Rechtsprechung nicht zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art.19 Abs.4 GG gehört, gegen die der Rechtsweg offensteht[312]. Es ist aber aus rechtsstaatlichen Gründen dringend geboten, dem Angeklagten die Möglichkeit zu geben,vor einer höheren Instanz seine Unschuld zu beweisen.Schließlich handelt es sich bei dem Einstellungsbeschluß gemäß § 153 Abs.3 StPO materiell zugleich um einen Schuldspruch, der den Angeklagten nicht nur bei den zivilrechtlichen Auseinandersetzungen belastet, die sich gewöhnlich an die Tat, wie z.B. bei Verkehrsunfällen, anzuschließen pflegen. Wenn die Verordnung von 1924 auf eine weitere Instanz verzichten zu können glaubte, so mag das angesichts der damaligen Finanznot der Republik noch dagingegangen sein. Heute ist eine solche Ersparnis zu Lasten des Angeklagten durch Verweigerung eines Rechtsmittels nicht mehr tragbar.

In neuerer Zeit sind Zweifel aufgetaucht, ob die Behörden und Beamten des Polizeidienstes selbständig zur Einstellung des Verfahrens wegen einer Übertretung nach § 153 Abs.1 StPO berechtigt sind, ohne ihre Verhandlungen gemäß § 163 Abs.2 StPO der Staatsanwaltschaft zur Entscheidung übersenden zu müssen. Früher war man allgemein der Auffassung, daß der Wortlaut des § 153 Abs.1 StPO sich an alle richtet, die mit der Strafverfolgung zu tun haben, da sonst eine ähnliche Formulierung wie in Abs.2 gefunden worden wäre,wo ausdrücklich nur die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Ge-

---

310) Vgl. Graf von Pestalozza, JW 1924,286

311) Ebenso Gronau, in: Fachzeitschrift für Kraftfahrt und Verkehrsrecht, 1959, S.296

312) h.M.,Dürig, in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.19 Abs.4, Randnr.17

richtes zur Einstellung des Verfahrens wegen eines Vergehens ermächtigt ist[313]. Kohlhaas[314] meint dagegen, einziger Adressat des § 153 Abs.1 StPO könne nur der Träger eines Verfolgungsrechtes sein,und das sei die Polizei als Exekutivorgan nicht. Der Gesetzgeber hätte daher ausdrücklich sagen müssen: "die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten können in solchen Fällen das Verfahren einstellen". Der Gesetzgeber von 1924 fand aber seinerzeit in den meisten Ländern der Republik das polizeiliche Strafverfügungsverfahren vor, das auf Grund des § 6 Nr.3 EGStPO der Einführung durch den Landesgesetzgeber überlassen war, wenngleich sich das Rekursverfahren nach §§ 413 ff. StPO richtete. Selbstverständlich konnte dann die Polizei, wo sie schon ein Recht zu strafen hatte, auch ohne ausdrückliche Ermächtigung das Verfahren nach § 153 Abs.1 StPO einstellen, wenn die Voraussetzungen für die Bestrafung nicht vorlagen[315].

Das OLG Hamm hat jedoch in seinem Urteil vom 23.4.1949[316] gemeint, seitdem das Strafverfügungsrecht der Polizei nach 1945 abgeschafft worden sei, fehle es für die Polizei "an einem Bedürfnis zur Anwendung des § 153 StPO"; sie müsse da-

---

313) In der unterschiedlichen Einstellungskompetenz bei Übertretungen und Vergehen liegt auch ein weiterer Grund für die verschiedene Formulierung des Abs.1 und des Abs.2, ohne daß hinsichtlich der materiellen Einstellungsvoraussetzungen ein sachlicher Unterschied bestünde.

314) GA 1956,245

315) Es war unbestritten, daß § 153 Abs.1 StPO auch in bezug auf das Strafverfügungsrecht der Polizei galt.

Schäfer-Hartung, a.a.O., § 153 Anm.3; Gerland, Der Deutsche Strafprozeß, 1927, S.161; Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S.477; Grebe, GA 72 (1928), S.85; Löwe-Rosenberg, 19.Aufl. 1934, § 153 Anm.1 (zitiert nach Stratmann, Diss.1938, S.54 Anm.11; vgl. auch die weiteren dort zitierten Autoren).

316) HESt 2,354

her jede Übertretung anzeigen[317]. Dieser Auffassung hat man mit Recht entgegengehalten: Das Strafverfügungsrecht der Polizei kann nicht Quelle für die Entscheidungsbefugnis der Staatsanwaltschaft sein, ob überhaupt eine Übertretung verfolgt werden muß; denn das Strafverfügungsrecht beruht auf dem Recht zu strafen, § 153 StPO betrifft aber nur das Recht zu verfolgen. Wenn also auf Grund des Gewaltenteilungsprinzips und des Art.92 GG der Polizei das Strafverfügungsrecht entzogen wurde, so berührt das nicht ihre Entscheidungsbefugnis, ob eine Übertretung überhaupt zu verfolgen ist oder von einer Strafanzeige mangels öffentlichen Interesses abgesehen werden kann[318].

---

317) Ebenso Erbs, Handkommentar zur Strafprozeßordnung, 1950, § 153 Anm.I; Kohlhaas, GA 1956,245; ders., Lö-Ro, § 153 Anm.11, der aber nichts dagegen hat, "wenn geringfügige Anlässe an Ort und Stelle übersehen oder mit einer Mahnung erledigt werden (was auch bei Vergehen denkbar ist)".
Genzel, Diss.1960,S.187, der aber auf Grund des Verwarnungsrechtes der Polizei z.B. gemäß Art.46 Bayer.PAG die Polizei in diesen Fällen zur Einstellung des Verfahrens für ermächtigt hält. Das wäre eine Einschränkung des Legalitätsprinzips (a.a.O.,S.189). Dies ist jedoch falsch, denn das strafprozessuale Legalitätsprinzip könnte gar nicht durch den Landesgesetzgeber eingeschränkt werden. Nur weil § 153 Abs.1 StPO sich auch an die Polizei richtet, konnten die Landesgesetzgeber der Polizei die Befugnis zu einer gebührenpflichtigen Verwarnung für alle leichteren Übertretungen erteilen, ohne daß sie die Verhandlungen der Staatsanwaltschaft übersenden müssen. Auch durch § 22 StVG ist in Wirklichkeit nicht das Legalitätsprinzip eingeschränkt worden, weil auch bei Straßenverkehrsübertretungen eine gebührenpflichtige Verwarnung nur in Betracht kommt, wenn kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 153 Abs.1 StPO besteht.

318) so Reh, NJW 1952,1122; Rahn, in: Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, 1959, S.228;
LG Bonn, NJW 1957, 802

Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes können also selbständig eine Übertretung gemäß § 153 Abs.1 StPO einstellen. Sie müssen dagegen selbst das geringfügigste Vergehen zur Anzeige bringen[319], da hier die Staatsanwaltschaft auch nur mit Zustimmung des Gerichtes das Verfahren einstellen kann. Wenn zudem bei einer Behörde oder einem Beamten des Polizeidienstes Strafanzeige erstattet wird (vgl. § 158 Abs.1 StPO), so ist die Entscheidung über die Einstellung einer Übertretung der Staatsanwaltschaft vorbehalten[320], da nur sie dem "Antragsteller"[321] im Falle der Einstellung des Verfahrens unter Angabe der Gründe gemäß § 171 StPO Bescheid zu erteilen hat[322].

Heute ist allgemein anerkannt, daß das externe Weisungsrecht der Justizverwaltungen und das interne Weisungsrecht der leitenden Staatsanwälte gegenüber den nachgeordneten Staatsanwälten an den Grenzen des Legalitätsprinzips halt macht[323]. Während der Verwaltungsbeamte sich stets der Rechtsauffassung der Fachaufsicht zu beugen hat, "sofern

---

319) a.A. Müller, KMR, § 153 Anm.3b, der bei "ungewöhnlich geringfügigen" Vergehen die Polizei von einer Anzeige absehen lassen will; vgl. auch Kohlhaas, Lö-Ro, § 153 Anm.11 (s.o. Anm.317).

320) Rahn, a.a.O.,S.229; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 153 Anm.1B; Müller, KMR, § 153 Anm.3b

321) "Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage" gemäß § 171 StPO ist auch eine einfache Strafanzeige, die den Willen, die Strafverfolgung zu veranlassen, erkennen läßt (Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.,§ 171 Anm.1)

322) Der Bescheid ist obligatorisch, es sei denn, daß der Anzeigende bloß eine Anregung geben wollte und erkennbar auf Nachricht verzichtet hat (Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 171 Anm.2). Ob der Anzeigeerstatter aus diesem Grunde keine Mitteilung zu erhalten braucht, kann aber nur die Staatsanwaltschaft entscheiden.

323) u.a. Eb.Schmidt, Lehrkommentar I, Randnr.395; vgl. auch oben S.164

nicht das ihm aufgetragene Verhalten strafbar und die Strafbarkeit für ihn erkennbar ist oder das ihm aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt" (§ 56 Abs.2 S.2 BBG, ebenso § 38 Abs.2 S.2 BRRG), muß der Staatsanwalt in jedem Falle bei seiner Entscheidung zwischen der Scylla der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) und der Charybdis der Begünstigung eines Straftäters (§ 346 StGB) hindurch. Nur wenn für eine Entscheidung ein Ermessensspielraum besteht, kann der Staatsanwalt sich nicht strafbar machen, wenn er auf Weisung des Vorgesetzten entgegen seiner eigenen Überzeugung den Täter verfolgt oder das Verfahren einstellt; denn innerhalb des Ermessensspielraums ist die andere Beurteilung des Vorgesetzten nach dem Gesetz gleichermaßen rechtens. Deshalb ist der Staatsanwalt auch nur insoweit weisungsunterworfen.

Folgerichtig hält die h.M., die den Begriff "öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" als Ermessensbegriff ansieht, die Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Beurteilung der Verfolgungsvoraussetzungen gemäß §§ 376, 153 Abs.1 u.2 StPO, 232 Abs.1 StGB für weisungsgebunden[324]. Nur die "geringe Schuld" und die "unbedeutenden Folgen der Tat" in § 153 Abs.1 und 2 StPO sollen als Rechtsfrage nicht dem Weisungsrecht unterliegen[325]. Nach der hier vorgetragenen Auffassung, derzufolge es nur auf die Schuld und die Folgen der Tat bei den vorgenannten Bestimmungen ankommt, besteht insgesamt kein Weisungsrecht für die Beurteilung der Verfolgungspflicht nach diesen Vorschriften. Man kann aber auch hier nicht ohne weiteres das Argument von Kohlhaas[326] übergehen, das öffentliche Interesse sei von höherer Warte aus, also vom Justizministerium oder den Generalstaatsan-

---

324) Kohlhaas, GA 1956,241; Lüttger,GA 1957,217; Dünnebier,JZ 1958,420; Görcke,ZStrW 73(1961),S.600; Eb.Schmidt,Lehrkommentar I,Randnr.396

325) Kohlhaas,a.a.O. ; a.A.Eb.Schmidt,a.a.O., weil er dies auch für eine Ermessensfrage hält.

326) GA 1956,244;
vgl. auch Sax, KMR, Einl.3 II c

wälten aus besser überschaubar, folglich müsse auch insoweit ein Weisungsrecht bestehen. Genauso wie der Amtsrichter bei einer Strafverfügung ohne diese größere Überschau das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Übertretungen gemäß § 413 Abs.5 StPO - sogar ohne entsprechende Hinweise der Staatsanwaltschaft - beurteilen kann, muß auch der Staatsanwalt in der Lage sein, sich ein selbständiges Urteil über das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu bilden. Wo der Überblick fehlt, wie bei der Frage der Häufigkeit von bestimmten Delikten in einem größeren Bezirk - nur hier wäre der Generalstaatsanwalt m.E. mit seiner größeren Überschau im Vorteil -, da muß das Gericht und der einzelne Staatsanwalt sich diesen Überblick eben verschaffen. Die Verantwortung für die Entscheidung nimmt ihnen das Gesetz auch hier nicht ab.

Kann der einzelne Staatsanwalt sich nicht zu einer eigenen Überzeugung hinsichtlich des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durchringen, so muß er sich an die Weisung des Vorgesetzten halten[327]; denn insoweit würde er sich nicht nach § 344 oder § 346 StGB strafbar machen, weil er nicht vorsätzlich einen Unschuldigen vorfolgt oder nicht wissentlich einen Täter der Bestrafung entzieht. Innerhalb der Staatsanwaltschaft muß aber eine eindeutige Überzeugung in bezug auf die Rechtsfrage des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gebildet werden. Hier darf nicht nach dem Grundsatz "in dubio pro duriore"die Entscheidung zuungunsten des Beschuldigten auf das Gericht geschoben werden. Zweifel in der "quaestio iuris" hat die Staatsanwaltschaft ebenso zu beheben wie der Richter[328];

---

327) Vgl. Dünnebier,JZ 1958,420; Eb.Schmidt,MDR 1964,717; Schwarz-Kleinknecht, a.a.O., § 146 GVG Anm.2, die bei zweifelhaften Rechtsfragen den vorgesetzten Staatsanwalt entscheiden lassen wollen.

328) Vgl. Beling,Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S.139; Groß, Diss.1963, S.35; a.A.von Kries,Lehrb.d.deutschen Strafprozeßrechts, 1892,S.483/4; Birkmeyer,Deutsches Strafprozeßrecht, 1898,S.589; Brendle-Wetzel,Diss.1911,S.22 f.;Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, 1929, S.141

denn sie darf als ein zur Objektivität verpflichtetes Organ der Rechtspflege niemand einem Verfahren vor dem Strafrichter aussetzen, ohne daß sie von der Strafbarkeit dessen, wessen der Täter verdächtigt wird, überzeugt ist[329]. Schwankt also der Staatsanwalt, ob die Schuld des Täters noch als gering angesehen werden kann, weil jener immerhin das gleiche Delikt schon einmal begangen hat, was allerdings sehr lange her ist, so muß diese Rechtsfrage innerhalb der Staatsanwaltschaft eindeutig beantwortet werden.

Gelangt der Staatsanwalt zu der Auffassung, daß die einschlägige Vortat hier das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung begründet, so hat er dennoch das Verfahren einzustellen, wenn die Vortat sich in der Hauptverhandlung wahrscheinlich nicht nachweisen läßt, weil der zunächst geständige Beschuldigte nunmehr die Vortat leugnet. Glaubt der Staatsanwalt den Beschuldigten insoweit in der Hauptverhandlung durch ein anderes Beweismittel überführen zu können, so muß er anklagen, weil im Vorverfahren der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht gelten kann, da der Begriff des "hinreichenden Tatverdachts" gemäß § 203 StPO impliziert, daß Zweifel an der Verurteilung noch bestehen können, wenngleich sie nicht überwiegen dürfen. Die Zweifel hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen des öffentlichen Interesses dürfen aber nicht mehr bei Erlaß eines Urteils bestehen. Kann man also dem Täter die einschlägige Vortat, die seine Schuld über die Höhenmarke des öffentlichen Interesses hebt, in der Hauptverhandlung tatsächlich nicht mehr nachweisen, so muß der Richter das Verfahren nach dem Satz "in dubio pro reo" gemäß § 153 Abs.3 StPO einstellen. Im einzelnen ist zwar umstritten, inwieweit der Grundsatz "in dubio pro reo" auch für Prozeßvoraussetzungen gilt[330]. Jedenfalls er-

---

329) Vgl. oben S.111 ff.

330) Für die Anwendung in weitestem Umfang: Eb.Schmidt, Lehrkommentar I,Randnr.198 mit Anm.350; Stree, In dubio pro reo,1962,S.53 ff.; Mann, Diss.1960,S.80 ff., 106; Die Rechtsprechung ist uneinheitlich.

kennt man aber überwiegend diesen Grundsatz bei Prozeßvoraussetzungen an, die das Verfahren als Ganzes unzulässig machen[331], und um eine solche Prozeßvoraussetzung handelt es sich ja bei dem "öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung".

Zum Schluß sollen noch einmal die hauptsächlichen Ergebnisse dieses dritten Kapitels zusammengefaßt werden. Das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Privatklagedelikten (§ 376 StPO) ist eine vom Gericht in jedem Stadium des Verfahrens zu beachtende Prozeßvoraussetzung. Das besondere öffentliche Interesse an der Verfolgung von fahrlässigen und leichten vorsätzlichen Körperverletzungen (§ 232 Abs.1 StGB) ist zugleich Antrags- und Prozeßvoraussetzung. Es bedarf also einer Erklärung des "besonderen öffentlichen Interesses" durch die Staatsanwaltschaft, die noch bis zur Rechtskraft des Urteils wirksam zurückgenommen werden kann. Der Richter hat darüber hinaus in jeder Lage des Verfahrens die Voraussetzung des Antragsrechtes der Staatsanwaltschaft in vollem Umfang zu prüfen. Ferner ist die Geringfügigkeit einer Übertretung oder eines Vergehens (§ 153 Abs.1 und 2 StPO) ein vom Gericht in jeder Prozeßlage zu prüfendes Verfahrenshindernis. Im Hauptverfahren kommt es nicht auf die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung des Verfahrens nach § 153 Abs.3 StPO an, weil dieses Zustimmungserfordernis gemäß Art.92 GG verfassungswidrig ist. Auch in den Fällen des Anklageermessens hat das Gericht die Entschließung der Staatsanwaltschaft auf Ermessensfehler hin zu prüfen und gegebenenfalls das Verfahren einzustellen. De lege ferenda sollte man das Klageerzwingungsverfahren in den Fällen des modifizierten Legalitätsprinzips wieder zulassen.

Am Schluß dieser Arbeit mag sich vielleicht der Eindruck einstellen, soviel Rechtsstaatlichkeit, wie hier gefordert

---

331) Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.,§ 261 Anm. 8 B a

wird, hätte der Straftäter, der sich schuldig gemacht hat, eigentlich gar nicht verdient. Indes würde man das Unrecht nur größer machen, wollte man den Beschuldigten nicht so behandeln, wie das Gesetz es befiehlt.

L e b e n s l a u f

Als zweites von zwei Kindern des Krawattenfabrikanten Karl Vogel und dessen Ehefrau Elisabeth geb.Cronenberg wurde ich am 3.7.1937 in Krefeld geboren.

Die Reifeprüfung legte ich Ostern 1957 am Fichte-Gymnasium in Krefeld ab. Nach einjährigem Grundwehrdienst studierte ich drei Semester in Bonn und 5 Semester in München, davon 7 Semester Rechtswissenschaft.

Am 23.Oktober 1962 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in München. Seit dem 13.November 1962 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst in Bayern.

BAMBERGER FOTODRUCK · Rudolf Rodenbusch